

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LES
SOCIÉTÉS ENTRE ÉPOUX

(Étude critique de Jurisprudence)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mercredi 11 Décembre 1907, à 2 h. 1/2

PAR

Roger GIRY

Président : M. E. THALLER.

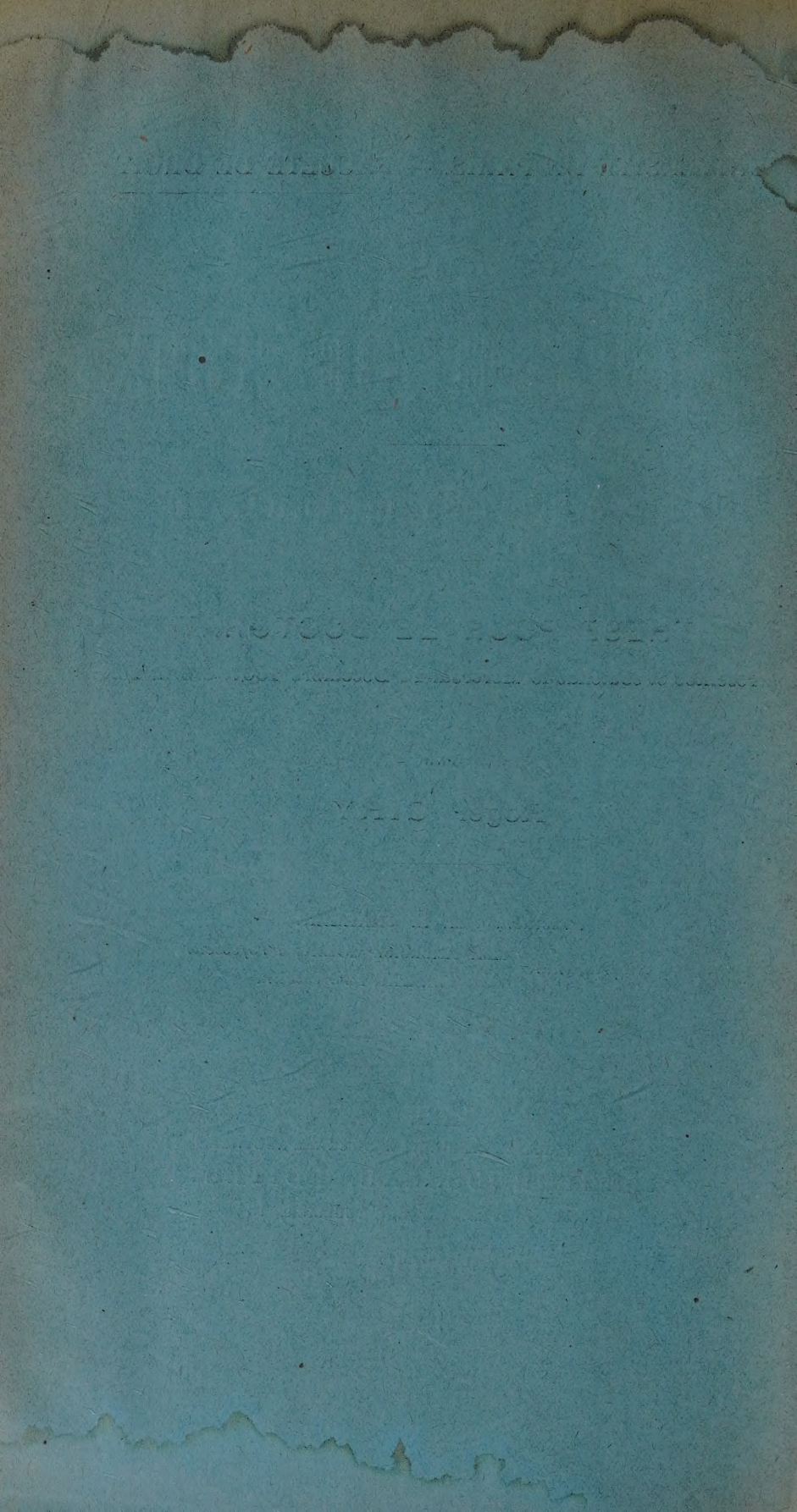
Suffragants { MM. AMBROISE COLIN, *Professeur*.
 TISSIER, *Professeur*.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

—
1907



THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être
considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LES
SOCIÉTÉS ENTRE ÉPOUX

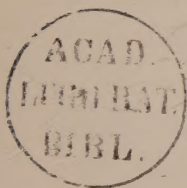
(Étude critique de Jurisprudence)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'Acte public sur les Matières ci-après sera soutenu le
Mercredi 11 décembre 1907, à 2 heures 1/2

PAR

Roger GIRY



Président : M. E. THALLER.

Suffragants { MM. AMBROISE COLIN, *Professeur*.
 TISSIER, *Professeur*.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

1907

PRÉFACE

Quels que soient leur nombre et leur développement, les textes d'une législation ne sauraient envisager et résoudre la multiplicité des espèces que la vie juridique d'un peuple soumet à l'examen de ses tribunaux.

Aussi la mission du magistrat ne consiste-t-elle pas seulement à appliquer les articles d'un Code, mais s'élargit-elle singulièrement puisqu'il lui faut, en face des mœurs modifiées, des transactions à la fois plus fréquentes et plus rapides, adapter des formules, vieilles de cent ans, à un état de choses sans cesse renouvelé.

Les rédacteurs du Code civil avouaient eux-mêmes la portée forcément relative de leur œuvre.

« Nous nous sommes préservés, disait Portalis (1),
« de la dangereuse ambition de vouloir tout régler
« et tout prévoir... Les besoins de la société sont
« si variés, la communication des hommes est si
« active, leurs intérêts si multipliés, leurs rapports si
« étendus, qu'il est impossible au législateur de

(1) Passage cité dans le discours de M. Ballot-Beaupré. *Le centenaire du Code civil*, p. 24,

« pourvoir à tout... D'ailleurs, comment enchaîner
 « l'action du temps ? Comment s'opposer au cours
 « des événements ou à la pente insensible des
 « mœurs ? Comment connaître et calculer d'avance
 « ce que l'expérience seule peut nous révéler ?...
 « Un Code, quelque complet qu'il puisse paraître,
 « n'est pas plus tôt achevé, que mille questions
 « inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les
 « lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles
 « ont été écrites, les hommes, au contraire, ne se
 « reposent jamais, ils agissent toujours ; et ce
 « mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets
 « sont diversement modifiés par les circonstances,
 « produit à chaque instant quelque résultat nouveau.
 « C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés
 « de l'esprit général des lois, à en diriger l'appli-
 « cation. »

La jurisprudence a suivi cette invitation, et, pendant un siècle, elle a comme prolongé l'œuvre de nos Codes, appliquant avec fermeté les textes clairs, interprétant les dispositions ambiguës sans rechercher obstinément quelle « était, il y a cent ans, la
 « pensée des rédacteurs du Code », mais se demandant « ce que serait cette pensée, si le même article
 « était aujourd'hui rédigé par eux. » (1).

(1) J. Charmont, Les analogies de la jurisprudence administrative et de la jurisprudence civile. *Revue trimestrielle du Droit civil*, octobre, novembre, décembre 1906, p. 814.

Cette activité de nos tribunaux a permis à nos Codes de traverser, sans recevoir d'atteinte sérieuse, le siècle qui a peut-être apporté les modifications les plus profondes à l'organisation de la société et à la composition des patrimoines :

L'industrie est apparue, et s'est aussitôt développée dans des proportions inattendues, sollicitant les capitaux mobiliers, augmentant les responsabilités, et par là-même multipliant les contrats d'assurance.

La jurisprudence constate et suit ce mouvement : elle protège la dot mobilière, étend l'art. 1382, et construit la théorie de la stipulation pour autrui.

Mais son élan s'arrête en présence de certains problèmes, et toute la subtilité qu'elle déployait pour rendre inaliénable la dot de la femme, pour établir le risque professionnel et valider l'assurance sur la vie, disparaît pour faire place à une méthode d'une inflexibilité toute scolastique.

C'est ainsi que la jurisprudence se refuse, avec une persévérance déconcertante, à admettre la validité des sociétés entre époux.

Pendant tout le cours du siècle dernier, toutes les tentatives, — et elles ont été nombreuses, — du mari et de la femme pour s'associer, — ont été sans exception mises à néant par les tribunaux.

Les sociétés formées entre époux nous ont paru mériter plus de considération que la jurisprudence ne leur en accorde, et nous voudrions examiner : si

les époux ont intérêt, en dehors de leur régime matrimonial, à établir entre eux une société, dans le but de recueillir et de partager des bénéfices ?

Si ces sociétés ne viennent pas contrarier les clauses du contrat de mariage et menacer l'autorité maritale ?

La question n'est d'ailleurs expressément posée ni dans le Code civil, ni dans le Code de commerce : c'est peut-être qu'elle n'inquiétait guère les juristes en 1804 et en 1807.

Il en est différemment aujourd'hui. Le féminisme — nous entendons le féminisme singulièrement assagi de ces dernières années et dépouillé de son exaltation première — tend à faire de la femme l'associée précieuse du mari. Cette collaboration trouve son expression dans la société entre époux. De là l'intérêt actuel d'une étude sur cette forme de société.

Dans un premier chapitre, nous exposerons des espèces : toute manifestation de l'activité humaine, pour mériter d'être consacrée juridiquement, doit répondre à un besoin social ; aussi examinerons-nous de près les documents fournis par la pratique et du nombre, de la continuité, de la qualité de ces documents, nous essaierons d'induire la nécessité des sociétés entre époux, s'imposant au législateur comme réponse à un besoin social.

Un second chapitre nous permettra d'opposer

l'association conjugale et la société entre époux, — et d'établir l'utilité de l'une en face de l'autre.

Nous arriverons ensuite à la discussion de droit qui constituera une seconde partie.

Les arguments que la jurisprudence dirige contre la validité des sociétés entre époux seront développés dans le chapitre I, tandis que dans le chapitre II, nous prendrons parti, après avoir examiné la thèse des auteurs.

Enfin dans un dernier chapitre, nous examinerons le mode de liquidation d'une société entre époux déclarée nulle.

PREMIÈRE PARTIE

**Les sociétés entre époux répondent à un
besoin social.**

CHAPITRE PREMIER

LES SOCIÉTÉS ENTRE ÉPOUX EXISTENT EN FAIT

Les sociétés entre époux ne sont pas des conceptions purement théoriques, comme on pourrait le croire ; elles existent en fait et se rencontrent sous les formes les plus variées : depuis le début du siècle elles se sont multipliées, malgré une jurisprudence inexorable, avec une activité qui ne s'est jamais lassée ; il s'en crée de nouvelles aujourd'hui encore ; nous allons le constater en feuilletant les recueils de jurisprudence.

Cette revue des arrêts les plus significatifs présentera cet avantage de nous donner une vision pratique de la société entre époux, avant que nous ne posions le problème abstrait de leur validité.

Un arrêt du 9 août 1851 (Crim. cass., 9 août 1851, D., 52, 1, 160) nous offre le type le plus répandu de société entre époux.

Les époux Gavelle, mariés sous le régime de la

communauté, avaient formé entre eux, par acte du 22 décembre 1832, une société en nom collectif, embrassant trois genres de commerce distincts : celui des immeubles, celui de la filature et celui de la banque.

Le sieur Gavelle déclarait s'associer sa femme et lui confier la signature sociale. En fait le commerce de banque était géré exclusivement par la dame Gavelle.

Un jugement du tribunal de commerce d'Abbeville ouvre la faillite.

La Cour d'Amiens, le 3 avril 1851 (D., 51, 2, 221), valide le jugement.

Mais l'arrêt est cassé, le 9 août 1851, par la Cour de cassation qui déclare que la femme ne saurait être reconnue commerçante, ni par conséquent mise en faillite, et annule la société formée entre les époux.

Telle est l'hypothèse la plus simple de société entre époux. Le mari et la femme entreprennent un commerce dont les branches multiples dépassent leur activité individuelle : ils répartissent entre eux l'ouvrage à la mesure de leurs aptitudes et signent un pacte établissant les bases de leur association.

Ce premier type, rapidement présenté, passons à une forme de société plus complexe :

Le 29 septembre 1861 (1), Arnaud Veissière a

(1) D., 88, 4, 401.

formé avec Auguste Veissière, son fils, une société en nom collectif pour exploiter une teinturerie à Puteaux. La société prendra fin le 1^{er} janvier 1872.

Le 4 septembre 1866, Auguste Veissière décède, laissant une veuve et deux enfants ; la société continue entre Arnaud Veissière et la succession de son fils.

Le 21 juin 1869, les époux Arnaud Veissière, communs en biens, forment avec leur fille, la dame Raguet, une société en nom collectif Arnaud Veissière et fille qui se substituera à la société Arnaud Veissière et fils, lors de son expiration en 1872 et se dissoudra le 1^{er} janvier 1891.

En 1870, les époux Arnaud Veissière forment une autre société en nom collectif avec un sieur Clavel pour exploiter une papeterie. Elle commencera le 1^{er} janvier 1872 pour finir le 1^{er} janvier 1891.

Le 5 juin 1874, Arnaud Veissière meurt, les deux sociétés subsistent, en vertu des clauses de leurs statuts, l'une entre la veuve Arnaud Veissière et la dame Raguet, sa fille, — l'autre entre la veuve A. Veissière et Clavel.

Au cours de l'année 1878, M^{me} veuve Veissière et la dame Raguet signent une convention suivant laquelle Raguet fils prendra la place de sa mère, si elle décède avant le 1^{er} janvier 1891, date fixée pour la dissolution de la société.

Le 21 janvier 1879, la dame Raguet décède et son fils prend sa place.

Des dissentiments de famille viennent, en 1881, entraver la marche des sociétés. M^{me} veuve Arnaud Veissière introduit une demande en compte, liquidation et partage : 1^o de la communauté ayant existé entre elle et son mari ; 2^o de la succession de celui-ci.

M^{me} veuve Auguste Veissière, belle-fille de la précédente, répond en demandant la nullité des actes de société comme contenant des stipulations contraires au régime de la communauté légale, aux art. 1097 et 1099 et aux droits des héritiers réservataires.

Le tribunal de la Seine, par jugement en date du 19 juillet 1882 déclare la dame Auguste Veissière mal fondée en sa demande en nullité des actes de société. Frappé d'appel, le jugement est confirmé par la Cour. Un arrêt de la Cour de cassation rejette le pourvoi introduit, la nullité de la société formée entre époux ayant été couverte par la ratification des parties.

Si nous avons relaté cet arrêt dont l'exposition est à la fois longue et compliquée, c'est qu'il offre un exemple curieux de société entre époux. D'ailleurs le mot de société entre époux n'est pas assez large. N'y a-t-il pas là une véritable société de famille, comparable à ces anciennes communautés

taissibles que l'on rencontrait au Moyen-Age, dans la France du centre. Trois générations ont travaillé au même but, apportant à l'entreprise l'unité de vues et de traditions, si précieuse, qui se rencontre seulement chez les membres d'une même famille.

Nous arrivons à une autre catégorie de sociétés entre époux :

Le sieur Drier, commerçant, fait faillite le 20 mars 1862. L'union est prononcée. Peu de temps après la dame Drier obtient sa séparation de biens. Puis les deux époux forment, en septembre 1862, une société en nom collectif attribuant 85 % des bénéfices à la femme.

Le 23 avril 1869, la faillite de la société est déclarée. Sur la demande du syndic, la nullité de la société est prononcée par arrêt de la Cour de Paris du 24 mars 1870 (D., 1872, 2, 43).

Ici l'effort généreux de la femme n'a pas réussi : elle a essayé de relever les affaires de son mari à l'aide d'un crédit personnel : la société a vécu 7 ans à peine.

Il faut examiner maintenant l'hypothèse fréquente de la veuve qui, pour continuer le commerce exercé par son premier mari, prend un associé, qu'elle épouse par la suite :

La dame veuve Morel tient un fonds de marchand de vins-traiteur : elle épouse le sieur Pomier qui était son commis depuis deux ans. Les époux

Pomier se marient sous le régime de la séparation de biens le 20 février 1863. Le même jour, par acte séparé devant le même notaire, avant la célébration du mariage, ils forment une société en nom collectif, pour l'exploitation du fonds de marchand de vins-traiteur, dont la dame Pomier fait l'apport, tandis que son mari met en société ses économies. Quelques années plus tard, la société est annulée (Req., 7 février 1860, D., 1860, 1, 115) (1).

Puis l'on rencontre des sociétés formées entre les époux et des tiers.

En 1831, Charles Belhomme, fonda avec son frère et sa belle-sœur, une société en nom collectif, dissoute par arrêt de la Cour de Paris du 14 avril 1856. (D., 1856, 2, 231).

Les époux Moulinot et les époux Guillaumet, mariés les uns et les autres sous le régime de la communauté légale, ont stipulé entre eux une société universelle de gains annulée par arrêts de la Cour de Bourges du 1^{er} juillet 1889 et de la Cour de cassation, en date du 8 décembre 1891 (D., 1892, 1, 117).

Cette nomenclature d'arrêts ne nous a présenté que des sociétés fondées sur une pacte signé par les parties contractantes, indiquant le but de la société et le mode de répartition des bénéfices.

(1) Voir cas identique, Nîmes, 18 déc. 1886; S., 1887, 1, 384; Dijon, 27 juill. 1870, D., 1871, 2, 268.

Envisageons une nouvelle série d'espèces comportant des associations de pur fait.

Les époux Lapeyre exercent tous les deux le commerce d'épicerie, la femme, de concert et avec le consentement de son mari. Celui-ci, cependant, travaille toute la journée à l'atelier comme ajusteur, mais avant d'aller à son travail, le matin, ou dans l'intervalle du déjeuner, à la reprise du travail, après la clôture de la journée, et le dimanche, lorsqu'il est libre, le sieur Lapeyre sert à son tour le client.

La dame Lapeyre est propriétaire de l'immeuble où l'épicerie est installée : elle tient la comptabilité, reçoit les commandes des voyageurs, s'occupe des achats et des ventes.

La Cour de Montpellier décide que la femme n'a agi que comme préposée du mari, que les créanciers ont dû la considérer comme telle, que, par conséquent, elle ne saurait être, les affaires étant devenues mauvaises, déclarée en liquidation judiciaire. (Montpellier, 5 mai 1906, D., 1906, 2, 217).

Voici un autre exemple du même type de société.

Les époux Ribérix sont séparés de biens judiciairement : pour arriver à la liquidation des droits de la femme, il lui est fait attribution du matériel de l'entreprise de son mari (il s'agissait de transports) ; celui-ci a néanmoins continué l'exercice de sa profession avec le même matériel, mais sous le nom de sa femme.

Le tribunal de Lyon reconnaît là une société de fait, chaque époux ayant effectué son rapport, l'un en matériel, l'autre en industrie, et les bénéfices devant se répartir entre eux (1) (Lyon, 31 juillet 1867, D., 1867, 3, 87).

Tandis que dans la plupart des cas, l'époux injustement déclaré en faillite, réclame sa mise hors de cause, le sieur Mac Alester demande que le jugement, qui a ouvert la faillite de sa femme, lui soit rendu commun. Celle-ci avait acheté un fonds de modiste : le mari était seulement chargé de tenir la comptabilité.

Un arrêt de la Cour de Paris du 12 août 1873. (D., *Suppl. du répert. Commerçant*, n° 94, note 1), fait droit à sa demande, reconnaissant implicitement qu'une société de fait a existé entre les époux.

Ainsi se présentent à nous les sociétés entre les époux, ainsi, de 1804 à 1807, elles se succèdent. Un premier point est dès lors établi : les sociétés entre époux existent en fait : elles renaissent avec la même persévérance que la jurisprudence met à les anéantir. De leur vitalité incontestable nous concluons à leur utilité sociale.

(1) Voir cas identique, Trib. de comm. Bruxelles, 14 mars 1853, D., 1854, 3, 81 ; Cass. civ., 7 mars 1888, D., 1888, 1, 349 ; Paris, 11 janv. 1869, D., 69, 1, 208 ; Cass. civ., 27 janv. 1875, D., 75, 1, 297 ; Cass., 10 mai 1882, D., 83, 1, 112.

CHAPITRE II

UTILITÉ DES SOCIÉTÉS ENTRE ÉPOUX EN FACE DU RÉGIME MATRIMONIAL

Le succès d'une entreprise commerciale est en raison directe du crédit dont elle jouit sur le marché. Tout commerce, pour prospérer, doit inspirer la confiance par les aptitudes de ceux qui l'exercent et par la solidité des capitaux qui y sont engagés.

Que la société l'emporte, à ce point de vue, sur le commerce individuel, que la division du travail, réparti entre les associés, aboutisse à une spécialisation féconde de chacun d'entre eux dans une branche déterminée, que l'augmentation du capital par de nouveaux apports permette une action à la fois plus énergique et plus étendue, c'est là un fait incontestable.

Mais que deux époux, poursuivant un même commerce, aient intérêt à former une société, que leurs capitaux, déjà réunis et conditionnés par le contrat de mariage, offrent plus de crédit le jour où ils constituent un patrimoine social, c'est là un fait dont la preuve est singulièrement délicate à fournir.

Nous arrivons ici — et nous l'abordons immédiatement — au problème le plus subtil que pose notre thèse : l'utilité d'une société entre époux en face du régime matrimonial.

Rien de plus naturel, disent nos adversaires, et qui soit davantage dans l'ordre des choses que la société entre époux ; mais le législateur l'a prévue et réglée expressément, en organisant les régimes matrimoniaux : dès lors la société entre époux, se superposant toujours à leur régime matrimonial, ne présentera pas le moindre intérêt.

Nous voudrions essayer de prouver le contraire, en établissant que la société entre époux ne vient pas doubler le régime matrimonial, mais fonctionner à côté de lui, isolée de lui et répondant à des besoins tout différents.

Pour y parvenir, il faut, tout d'abord, démontrer que le régime matrimonial ne constitue pas une société entre époux, examiner ensuite si, dans la pratique, à l'aide de leur seul régime matrimonial, les époux atteindront les résultats auxquels ils arriveraient, en formant entre eux une société, et enfin dessiner le plan d'une société entre époux.

§ 1^{er}. — Le régime matrimonial ne constitue pas une société entre époux.

Par son objet, la société ordinaire se sépare de l'association conjugale. « L'une a pour but un profit

« à réaliser, l'autre a en vue une famille à fonder », « écrit Troplong (1), notant ainsi une première divergence qui se précise aisément : d'une part la recherche ambitieuse de bénéfices à l'aide d'opérations commerciales exigeant de la hardiesse, des connaissances techniques et l'expérience des affaires — de l'autre, l'effort plus modeste vers la conservation du patrimoine familial, par une sage économie domestique, réclamant de la prudence et le sentiment de la mesure.

Donc deux buts très différents et par conséquent des modes très différents aussi de les atteindre : là où il y a des bénéfices à réaliser, liberté ; là où il y a des biens à sauvegarder, réglementation. « Le Code de commerce est fondé sur une idée de confiance, indispensable à la circulation des biens, — le Code civil est basé sur une idée de défiance, nécessaire à la sécurité de la propriété » (2).

Aussi l'organisation des sociétés présente-t-elle une souplesse qui s'oppose à la rigidité des régimes matrimoniaux : les associés rédigent les statuts comme ils l'entendent, pourvu qu'ils respectent les grandes lignes tracées par le législateur ; ils forgent eux-mêmes leur instrument de travail, tenus seulement d'obéir aux prescriptions très générales de la

(1) Troplong, *Sociétés*, n° 51.

(2) M. Thaller, à son cours.

loi. En cours de société, un vote d'assemblée augmentera ou diminuera le capital social, modifiera peut-être même, si les statuts l'autorisent, l'orientation de l'entreprise, en changera l'administration, en prolongera l'existence. Si le Code édicte une règle, ce sera pour donner plus de sécurité aux tiers, pour favoriser d'avantage l'activité sociale.

S'agit-il au contraire de l'association conjugale, nous verrons le législateur organiser minutieusement quelques types de régimes matrimoniaux, moules rigides dans lesquels devront nécessairement se couler le contrat de mariage et la liberté des conventions matrimoniales se restreindra à la liberté de choisir l'une des rares formes proposées : communauté, régime sans communauté, régime dotal, séparation de biens, société d'acquêts.

Les époux, durant le mariage, voudront-ils adapter mieux le régime de leurs biens aux besoins du commerce qu'ils exercent, sans avoir formé de société, le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales arrêtera leur initiative, cristallisant leurs biens dans le type, adopté le jour du contrat de mariage. De cette distinction essentielle entre l'association conjugale et les sociétés découlent de multiples différences que nous allons rencontrer au cours de notre analyse.

Si nous étudions la *composition des patrimoines*, nous constatons que le régime matrimonial comporte

plusieurs masses de biens — propres ou communs, dotaux ou paraphernaux — tandis que la société ne présente que le seul fonds social.

Examinons de plus près cette nouvelle différence :

Le fonds social se compose d'apports en argent, en nature ou en industrie, faits en propriété ou en jouissance, c'est-à-dire en quasi-usufruit, lorsqu'il s'agit de choses consommables par le premier usage. Ces biens sont affectés uniquement à la prospérité de la société ; ils ne sauraient être détournés de cet objet ; ils se meuvent « d'une activité propre, distincte de l'économie respective des biens de « chaque associé » (1), en un mot, ils sont doués de personnalité morale : leur réunion constitue une individualité juridique, isolée des associés, capable d'acquiescer, de s'obliger, de plaider.

La personnalité morale porte de nombreuses conséquences : elle établit une véritable séparation entre le patrimoine de l'associé et celui de la société ; par suite les biens mis en société deviennent le gage exclusif des créanciers sociaux, qui, jouissant d'un véritable privilège, se paieront sur eux avant tous autres. La société, personne morale, sera valablement mise en faillite ou en liquidation judiciaire ; cette faillite ou cette liquidation judiciaire

(1) Thaller, *Traité élémentaire de Droit commercial*, n° 274.

seront étendues à l'associé en nom collectif ou commandité, responsable indéfiniment, mais tandis que les créanciers sociaux produiront seuls à la faillite de la société et auront seuls le droit de se payer sur les biens des associés mis en société ; ils devront subir le concours des créanciers personnels des associés dans la faillite individuelle de chacun d'eux.

La société aura un domicile spécial au lieu de son siège social ; elle se sera valablement représentée soit dans les contrats, soit en justice, par un gérant, auquel on ne pourra opposer la règle ; nul ne plaide par procureur.

Aucune compensation ne pourra s'établir entre les dettes de la société et les créances d'un associé ; la réciprocque sera également vraie.

Enfin, alors même que la société posséderait des immeubles, la part de chaque associé doit être considérée comme meuble, art. 529 Code civil.

Le régime des biens des époux est tout différent : chacun d'eux entre dans l'association conjugale avec les biens qu'il possède au jour du mariage et ceux qui lui sont constitués en dot.

L'autre époux acquerra des droits plus ou moins étendus sur eux, suivant le régime adopté, sans que jamais ces biens s'isolent du patrimoine de l'époux, auteur de l'apport pour vivre d'une vie indépendante ; en un mot, sans qu'il puisse être

question de personnalité. On a cependant voulu en trouver la trace sous le régime légal.

Les biens communs forment en effet une masse séparée des propres du mari et de la femme. Cette masse de biens ne serait-elle pas douée elle aussi d'une vie propre et alors pourquoi ne pas lui appliquer la fiction de personnalité ?

Depuis longtemps cette opinion est réfutée. « On a toujours considéré les époux », écrit M. Planiol (1) « comme co-propriétaires et le mari comme seigneur et maître des biens communs, ce qui exclut jusqu'à l'idée d'une troisième personne dont il ne serait que le représentant... » « la communauté entre époux est donc restée ce qu'elle était : une masse de biens à l'état d'indivision. »

A plus forte raison, sous tout autre régime matrimonial ne peut-il être question d'un patrimoine, doué de personnalité morale.

Dans l'association conjugale, ne se découvrent donc ni personnalité morale ni par conséquent aucune des conséquences qu'elle porte : si les époux exercent un commerce sans avoir formé une société, aucune affectation spéciale de biens à l'entreprise ne se rencontrera ; ils alimenteront le commerce à l'aide de biens communs sous le régime de communauté, à l'aide de paraphernaux de la femme ou des biens

(1) Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, III, n° 905.

personnels du mari sous le régime exclusif de communauté, mais nulle séparation ne s'opèrera entre les biens destinés aux besoins du ménage et ceux nécessaires à la marche de l'entreprise. Les créanciers de cette entreprise viendront en concours avec tous les autres créanciers des époux sur leurs biens sans jouir d'aucun privilège ; les époux pourront être individuellement mis en faillite ou en liquidation judiciaire, mais la faillite ou la liquidation judiciaire d'une troisième personne figurant l'entreprise commerciale sera impossible puisque cette personne morale n'existera pas et ne sera pas censée exister.

En résumé, l'organe essentiel, l'instrument de crédit, le plus précieux de la société ne se rencontre pas dans l'association conjugale et cela nous permet de conclure par avance à une supériorité très marquée de la première sur la seconde et à une utilité très grande de la société même entre époux.

L'administration de l'association conjugale est aussi sévèrement réglée que celle d'une société entre époux est libre, dans les attributions qu'elle confère soit au mari, soit à la femme. Tandis que la femme associée en nom collectif ou commanditée peut devenir le gérant de l'entreprise commerciale, le contrat de mariage ne saurait, aux termes de l'art. 1388, déroger aux droits du mari comme chef ; tandis que, dans un cas, la loi impose la direction

des affaires au mari, dans l'autre elle laisse aux époux le soin de décider lequel d'entre eux est le plus capable de mener à bien les intérêts de la société.

Les biens de la femme, restant soumis au régime matrimonial, seront gérés par le mari, tandis que, nommée gérante, elle pourra administrer ceux que celui-ci aura mis en société.

Si nous ne prenons pas l'hypothèse extrême où la direction du commerce est confiée à la femme, si nous supposons — ce qui sera d'ailleurs le cas le plus fréquent — le mari choisi comme gérant, il faudra toujours accorder à la femme un droit de contrôle sur les actes de son mari.

Le droit de critiquer les actes du gérant est essentiel à tout associé quel qu'il soit ; il se manifeste par les actions que les associés sont en droit d'exercer contre le gérant ; celui-ci est un véritable mandataire auquel s'applique l'art. 1991 du Code civil. Il est donc « tenu d'accomplir le mandat tant « qu'il en est chargé et répond des dommages-
« intérêts qui pourraient résulter de son inexécution ». Le gérant est un mandataire salarié : il est donc responsable non seulement de son dol, de sa faute lourde, mais encore de sa faute légère (art. 1992 C. civ.). Il pourra être révoqué par une décision des tribunaux, prise sur l'initiative d'un associé et s'il n'a pas été nommé par les statuts, par le vote

unanime de ses co-associés. Le droit de contrôle accordé aux associés sur les actes du gérant s'exprime donc par l'action en responsabilité et l'action en révocation.

Quel que soit le régime matrimonial envisagé, nous ne trouvons rien de semblable mais de curieuses analogies se rencontrent. La femme n'a pas, à vrai dire, un droit de contrôle sur les actes de son mari, la loi a plutôt créé en sa faveur de puissants modes de protection contre la mauvaise gestion de son mari : une rapide revue de ces garanties soulignera la nuance.

Sous tous les régimes, les séparations de biens judiciaire offre l'exemple d'une action en révocation du mari, administrateur des biens de la femme. Gérant statutaire nommé par le contrat de mariage, une décision de justice, basée sur le mauvais état de ses affaires et le péril couru par la dot, sera nécessaire pour lui retirer ses fonctions. Cependant, à la différence du gérant révoqué, le mari sera définitivement écarté des affaires de la société, tant que l'association conjugale ne sera pas dissoute par la séparation de corps ou le divorce, l'autorisation du mari sera indispensable à la femme pour aliéner ses immeubles, ses meubles, — à moins qu'il ne s'agisse d'un acte d'administration, — pour s'obliger et agir en justice.

Sous tous les régimes encore, la femme critiquera

et fera tomber les actes frauduleux de son mari, en invoquant la maxime : « *Fraus omnia corrumpit* ».

« La fraude du mari consisterait à s'enrichir aux
 « dépens de la femme, par exemple en faisant une
 « aliénation à un prête-nom (1) qui serait chargé
 « de lui restituer ces biens ». Si les articles du Code
 consacrés à l'administration du mari passent sous
 silence cette action, elle n'en résulte pas moins de
 leur esprit. L'art. 243 (Code civil) en fournit une
 application. « Toute obligation contractée par le
 « mari à la charge de la communauté, toute alié-
 « nation par lui faite des immeubles qui en
 « dépendent, postérieurement à la date de l'ordon-
 « nance dont il est fait mention en l'art. 243, sera
 « déclarée nulle, s'il est prouvé d'ailleurs qu'elle a
 été faite en fraude des droits de la femme. Nous ne
 sommes pas ici en face d'un cas unique, mais bien
 d'une application de la règle générale signalée.

Ces deux manifestations d'un droit de contrôle appartenant à la femme existent sous tous les régimes.

Si nous examinons maintenant le seul régime de communauté, nous constatons que la femme peut critiquer l'administration de son mari de deux manières, en renonçant à la communauté et en opposant le bénéfice d'émolument.

(1) Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, II, n° 1022.

La femme renonçante est déchargée à l'égard du mari et des créanciers de toute contribution aux dettes de la communauté qui ne sont pas nées de son chef ; il lui suffit pour celà de faire inventaire et de signer une déclaration au greffe (art. 1494 C. civ.) ; il est entendu d'ailleurs qu'elle perd ainsi toute espèce de droit sur les biens de la communauté et même sur le mobilier qui y est entré de son chef.

La femme sera aussi en droit d'opposer à son mari ou aux créanciers de la communauté le bénéfice d'émoluments à condition toutefois de faire inventaire (art. 1483 C. civ.). L'émolument de la femme se compose des biens de communauté qu'elle recueille, des fruits perçus par elle sur ses biens, des récompenses dont elle était débitrice envers la communauté et qui lui ont été précomptées sur sa part.

S'agit-il des dettes provenant du mari et tombées en communauté, la femme ne sera tenue envers les créanciers personnels que dans les limites de son émolument. Elle est au contraire tenue vis-à-vis de ceux-ci du montant intégral des dettes communes, nées de son chef. Sans qu'il soit besoin de cette distinction vis-à-vis du mari, la femme ne sera tenue du passif que dans les limites de son émolument ; on réserve l'hypothèse où les dettes seraient tombées en communauté du chef de la femme ; en

étant seule débitrice, elle devra les payer, sans aucun recours.

Séparation, actionnée de la grande renonciation à la communauté, bénéfice d'émoluments, telles sont les garanties que le Code accorde à la femme. Nos adversaires y verront peut-être la manifestation d'un droit de critique appartenant à la femme sous les différents régimes matrimoniaux, plus particulièrement sous la communauté ; ils le rapprocheront du droit de contrôle accordé à tout associé et essayeront à nouveau d'en induire l'inutilité d'une société entre époux, déjà associés dans un régime matrimonial.

Hâtons-nous de répondre que les arguments d'analogie sont toujours suspects et celui qu'on invoquait ici plus que tout autre, Au reste les différences sont, en l'espèce, plus accusées que les analogies : ce que la loi a voulu donner à la femme, ce sont des garanties contre la mauvaise gestion du mari, dont elle ne doit pas souffrir ; ce qu'elle a accordé à l'associé, c'est le droit et le moyen de suivre pas à pas la marche de l'entreprise sociale et de surveiller celui qui la dirige, le gérant.

La femme est dans une situation inférieure au mari : le législateur la protège. L'associé est sur un pied d'égalité avec le gérant : on lui donne un moyen de contrôle.

Le droit de critique accordé à un associé ne lui

permet jamais de refuser à un créancier de la société le paiement d'une dette dont il est tenu *in infinitum*, en qualité d'associé en nom collectif ou commandité, dans les limites de son apport, s'il est simple commanditaire.

L'associe a seulement, le gérant une fois révoqué, un recours contre lui, lorsqu'il a payé des dettes nées de la faute même légère de ce gérant, la plupart du temps insolvable. A l'égard des créanciers sociaux, l'associé est toujours sans défense.

Quelle ressemblance découvrir entre cet associé, qui, s'il est autorisé à révoquer le gérant, le plus souvent insolvable, doit payer sans distinction aux créanciers sociaux les dettes sociales et la femme, si largement défendue, tant à l'égard des créanciers du mari que de ceux de la communauté ?

Il n'est pas nécessaire, croyons-nous, d'insister, et nous arrivons au passage le plus intéressant de ce parallèle, en abordant le problème du passif, dans les sociétés et sous les régimes matrimoniaux.

Toutes les fois qu'il s'agit de passif, deux questions se posent : qui peuvent attaquer les créanciers ? — c'est le droit de poursuite ; celui qui a payé a-t-il un recours et contre qui l'exercera-t-il ? C'est la contribution. Suivant cette méthode et prenant d'abord les sociétés, nous écrirons que les associés en nom et les commandités peuvent être

indéfiniment poursuivis, tandis que les commanditaires seront tenus seulement dans les limites de leur apport. Rappelons que le commanditaire serait indéfiniment obligé au paiement des dettes sociales dans certains cas exceptionnels, si son nom était inséré dans la raison sociale, s'il s'était immiscé dans la gestion, si la commandite n'avait pas été publiée et que les circonstances aient pu faire croire aux tiers que le commanditaire était associé en son nom.

Les associés seront tenus des engagements pris par le gérant, leur mandataire, à l'aide de la signature sociale, c'est-à-dire dans les limites de son mandat.

Le gérant les obligera soit par ses contrats, soit même par ses délits : il est en effet le préposé des associés et les commettants sont responsables des délits de leur préposé. Le plus fréquent de ces délits sera l'abus de la signature sociale, le gérant en ayant usé pour ses affaires personnelles.

Une remarque est intéressante à faire : quoi qu'aux termes de la loi, les associés soient vis-à-vis de la société personne morale de véritables cautions, privées de tout bénéfice et notamment du bénéfice de discussion, la jurisprudence n'accorde pas aux créanciers le droit d'attaquer un associé, sans poursuivre en même temps la société, personne morale. Cette exception, apportée par les arrêts, une fois

classée, on peut dire que les associés sont vis-à-vis du siège social de véritables cautions solidaires : nous en concluerons que suivant l'art. 542 Code de commerce, le créancier poursuivra chaque associé pour le montant intrébral de son titre, que la prescription sera interrompue contre tous par l'action intentée contre un seul d'entre eux ou le siège social, que l'associé qui a éteint la dette, est subrogé aux actions et sûretés du créancier pour le tout contre le siège social, pour sa part contributive contre chacun de ses co-associés.

Ajoutons que nous avons vu, parlant du droit de contrôle conféré aux associés sur les actes du gérant, que ceux-là avaient un recours contre celui-ci lorsqu'ils avaient payé de leurs deniers les dettes nées de ces délits.

Notons encore qu'aux termes de la jurisprudence, les commanditaires seront poursuivis directement par les créanciers sociaux, dans la mesure de leur apport, sans pouvoir leur opposer les exceptions de dol ou de compensation dont ils seraient armés contre la société.

Nous croyons inutile de revenir sur ce que nous avons dit de la personnalité morale des sociétés et de ses conséquences primordiales ; nous avons montré le fonds social affecté uniquement aux créanciers sociaux qui exercent sur lui un véritable privilège, nettement séparé du patrimoine

personnel de chaque associé et mis à l'abri de ses créanciers. Cette situation juridique a été trop longuement analysée, au début de ce chapitre pour nécessiter autre chose qu'un simple rappel.

Ces principes du passif des sociétés, très rapidement remis en mémoire, examinons la situation de l'époux débiteur à l'égard des créanciers de son conjoint, quelque brèves que nous désirions fournir ces explications, elles seront encore trop longues, tant la matière à étudier offre de complexité.

Il faut commencer par l'étude du passif sous le régime de communauté et se demander quels biens peuvent poursuivre les créanciers, puis comment se règle définitivement chaque dette entre les époux.

Quels biens peuvent poursuivre les créanciers ?

Trois patrimoines doivent être distingués sous le régime légal, par conséquent trois catégories de dettes : dettes propres soit au mari, soit à la femme, dettes de la communauté.

Dans le passif commun figurent :

1° Les dettes contractées par chaque époux antérieurement au mariage, celles qui tombent en communauté du chef de la femme doivent avoir date certaine ;

2° Toutes les obligations contractées par le mari pendant le mariage ;

3° Les dettes contractées par la femme avec l'au-

torisation de son mari : les créanciers peuvent alors poursuivre, non seulement les biens personnels de la femme, mais ceux de la communauté, et ceux mêmes du mari. Remarquons que si la femme s'est obligée conjointement avec le mari, elle pourra, suivant les principes ordinaires, être poursuivie pour la moitié, tandis que son mari pourra l'être pour l'intégralité de sa dette ;

4° Les dettes contractées par la femme mandataire du mari ; elles engagent la communauté et le mari ;

5° Les dettes contractées par la femme autorisée de justice, pour tirer le mari de prison ou doter un enfant : les profits de la femme seront seuls obligés ;

6° Celles qui sont nées de délits ;

7° Les dettes contractées par la femme comme marchande publique (art. 1426 C. civ.), la communauté et le mari, à raison de la confusion des patrimoines, seront tenus.

Pour le paiement de ses dettes personnelles, par exemple celles qui n'avaient pas encore acquis date certaine au jour du mariage, la femme ne pourra être poursuivie que sur la nue-propriété de ses propres.

Quant au mari, ses dettes personnelles se restreignent aux obligations immobilières qu'il aurait contractées avant son mariage, hypothèse fort rare

en pratique. Les biens du mari et ceux de la communauté étant confondus entre ses mains, ses créanciers seront toujours en droit de poursuivre aussi les biens communs.

Des modifications sont fréquemment apportées au régime légal : citons les changements que peuvent produire dans le passif les principales.

Sous la *communauté universelle*, le passif est tout entier commun, sauf les dettes que la femme aurait contractées sans l'autorisation de son mari.

Les époux peuvent encore décider, *clause de séparation de dettes*, que les dettes mobilières antérieures au mariage ne tomberont pas en communauté. Si un inventaire a été dressé, cette clause sera opposable aux créanciers de la femme, qui ne pourront se faire payer que par celle-ci personnellement débitrice.

N'oublions pas le *forfait de communauté*, clause par laquelle l'un des conjoints vend à l'autre sa part de communauté pour une somme fixe suivant l'art. 1524, C. civ.; les créanciers n'ont alors aucune action contre la femme, pour les dettes communes, nées du chef du mari.

Que se passera-t-il après la dissolution de la communauté ?

Les dettes sont toujours tombées en communauté du chef de l'un ou l'autre des époux.

L'époux personnellement débiteur peut être pour-

suivi pour le tout, tandis que l'autre le sera pour moitié.

Les créanciers personnels de chaque conjoint ne pourront se payer que sur la part revenant à leur débiteur.

Nous ne reprendrons ni l'étude de la renonciation à la communauté par la femme ni celle du bénéfice d'émolument examinés précédemment — et nous nous demanderons comment s'opère entre époux le règlement définitif du passif.

Comment se répartissent les dettes entre époux ?

Il n'y a pas de difficulté, quant aux dettes personnelles qui auront été payées par l'époux débiteur originaire : si au contraire elles ont été éteintes avec des valeurs communes, il y aura lieu à récompense.

Quant aux dettes de la communauté, elles doivent se partager par moitié entre époux, là encore on rétablira l'équilibre par le système des récompenses.

Au point de vue de la contribution, quelques points doivent être signalés : la femme qui s'est engagée solidairement avec son mari est, aux termes de l'article 1431 Code civil, réputée simple caution de celui-ci : la femme aura donc un recours pour le tout contre son conjoint si elle a payé.

Lorsque la *clause de séparation de dettes* aura été insérée dans le contrat de mariage, qu'il y ait eu ou non inventaire, l'époux débiteur devra récom-

pense de la dette antérieure au mariage, acquittée par la communauté.

La *clause de franc et quitte*, inopposable aux créanciers, produit le même effet entre époux avec cette différence que le recours de la communauté porte même sur les intérêts de la dette qu'elle a payée.

Tel est le régime du passif sous la communauté : comparons-le au système des dettes d'une société exposé tout d'abord.

Est-il besoin de noter que tandis qu'un système se précise aisément, l'autre devient plus confus à mesure qu'on cherche à l'expliquer.

Qu'ils soient logiques, l'un et l'autre, c'est un fait indiscutable, mais lorsqu'on vient affirmer que les régimes matrimoniaux sont les modes parfaits de la société entre époux, n'est-on pas en droit de répondre que si l'organisation du passif d'une société se plie aisément aux conditions de rapidité et de clarté, exigées par le commerce, le régime des dettes des époux, dans son enchevêtrement s'y refuse de la manière la plus absolue. Au lieu de l'unique patrimoine social, affecté tout entier au passif de la société, nous rencontrons trois masses séparées de biens que les créanciers devront distinguer et ne poursuivre qu'à bon escient, après s'être assuré de l'origine de chaque meuble qu'ils voudront saisir et de la catégorie des dettes dont il répond : la fiction

de personnalité s'appliquant dans un cas, inconnue dans l'autre, marque la différence essentielle entre les régimes matrimoniaux et les sociétés, et la supériorité de ces dernières au point de vue du crédit.

La réglementation du régime matrimonial atteint le but qu'elle vise : protéger la femme contre les abus d'autorité du mari. L'organisation des sociétés est conforme à son objet : donner du crédit à l'entreprise. Elles fonctionnent l'une et l'autre dans deux domaines si différents que, les comparer entre elles, devient paradoxal, et singulièrement plus paradoxal d'avancer comme le font nos adversaires qu'elles représentent deux échantillons d'un même organisme, qu'elles peuvent se remplacer l'une l'autre, que le régime matrimonial constitue la société idéale entre époux.

N'oublions pas que nous venons d'étudier le régime de communauté, c'est-à-dire celui qui offre avec la société les points de rapprochement les plus nombreux. Il est en effet difficile de présenter le régime sans communauté, le régime dotal et la séparation de biens comme des modes de société entre époux.

Sous le premier, l'actif et le passif des époux sont nettement séparés, le mari a seulement l'administration et la jouissance des biens de la femme.

Sous le second, deux sortes de biens : les biens

dotaux inaliénables dont le mari a l'administration et la jouissance, les biens paraphernaux sur lesquels la femme a pleins pouvoirs.

Le régime de séparation de biens isole complètement les biens des époux : chacun administre les biens dont il est propriétaire et en jouit.

Il serait superflu d'insister et inutile d'argumenter pour établir que l'on ne saurait trouver, sous aucun de ces trois régimes, un embryon de société. On n'y découvre même pas, comme dans le régime exposé, cette masse de biens communs qui peuvent figurer de loin le patrimoine social et amener un rapprochement entre la communauté et une société.

Il est donc évident que le régime matrimonial est loin de constituer entre époux le type parfait de la société.

Par son but, par l'esprit de sa réglementation, par la composition des patrimoines, par la répartition des pouvoirs d'administration, par l'organisation du passif, le régime matrimonial et la société entre époux s'opposent l'un à l'autre, c'est là un premier point établi. Nous affirmions donc à juste titre, au début de ce chapitre, l'utilité d'une société entre époux, en face du régime matrimonial.

En théorie, les régimes matrimoniaux et la société se différencient très nettement ; voyons s'il en est de même en pratique et si, avec la seule aide du régime matrimonial, les époux pourront

arriver au même but qu'ils atteindraient en formant une société ?

Un premier principe doit être posé de suite : deux époux exerçant un même commerce ne peuvent être à la fois commerçants ; aux termes des art. 220 Code civil et 5 Code de commerce, « la femme n'est pas réputée marchande publique » si elle ne fait que détailler les marchandises du « commerce de son mari ; elle n'est réputée telle « que lorsqu'elle fait un commerce séparé. »

La femme, qui assiste son mari dans l'exercice de son commerce, est censée lui prêter son concours, sans vouloir devenir elle-même marchande publique. Suivant la jurisprudence (Nîmes, 18 décembre 1886, D., 1892, 1, 117), la femme pourra être réputée commerçante tandis que son mari sera qualifié son préposé, si cet état de choses résulte d'un fait incontestable, la patente par exemple est au nom de la femme, celle-ci était commerçante avant le mariage. En un mot, exerçant un même commerce, le mari et la femme ne pourront être réputés tous les deux commerçants.

Cette présomption établie par la loi ne tombera que devant un acte formel de société, signé des deux époux ; la femme, au même titre que le mari, sera alors qualifiée commerçante puisqu'elle aura publiquement manifesté son intention.

S'ils n'ont pas recouru à la forme sociale, un

seul des deux époux poursuivant la même entreprise commerciale pourra acquérir le titre de commerçant, toutes les prérogatives qu'il comporte, toutes les garanties qu'il offre aux tiers.

Nous nous trouvons par conséquent en face de deux hypothèses :

1° Le mari fait seul le commerce, peu importe que sa femme l'assiste ;

2° La femme fait seule le commerce, peu importe que son mari lui prête son concours.

1° *Le mari fait seul le commerce.* — Il est par conséquent seul commerçant, son seul patrimoine répondra des obligations qu'il contracte ; s'il est marié sous le régime de communauté, ses créanciers pourront le poursuivre, non seulement sur ses propres, mais sur les biens communs.

L'hypothèque légale de la femme frappant ses biens, diminuera son crédit ; il est vrai que celle-ci pourra, sauf sous le régime dotal et pour la garantie de ses reprises dotales, y renoncer, subroger les créanciers dans ses droits et même cautionner l'engagement pris par son mari. Celui-ci sera valablement mis en faillite, mais les créanciers commerciaux viendront en concours avec les autres.

2° *La femme est seule commerçante.* — Le consentement tacite de son mari lui a suffi pour acquérir ce caractère. L'auberge par exemple, exploitée par la femme, figurera parmi ses propres, tandis

que le fonds de roulement sera fourni par la communauté.

Les bénéfices tomberont en communauté, art. 1401 et 1498 Code civil. S'il y a des pertes, elles seront supportées par la communauté.

Les créanciers auront en face d'eux trois patrimoines sur lesquels ils se paieront : celui de la femme, celui de la communauté, et celui du mari qui ne sera tenu qu'en raison de la confusion de ses biens propres et des biens communs.

La femme commerçante pourra être mise en faillite, mais cette faillite n'embrassera que ses biens propres tant en propriété qu'en jouissance ; le mari devra d'ailleurs assister sa femme dans la procédure.

Pour poursuivre les biens communs et ceux du mari, les créanciers auront recours aux différents modes de saisie du droit civil.

Si l'on se conformait aux principes, la femme devrait être assignée devant la juridiction commerciale tandis que le mari le serait devant les tribunaux civils.

Considérant le mari comme une caution d'ordre spécial, intéressée aux risques de l'entreprise, on soutient que le cautionnement est un accessoire du commerce de la femme et que le mari, en qualité de gérant, est justiciable du Tribunal de commerce.

Les époux sont-ils mariés sous le régime sans communauté ?

La femme fait le commerce avec ses biens dont le mari touche seulement les fruits ; or, les produits de l'industrie ne sont pas qualifiés fruits ; le mari ne semble donc pas y avoir droit. Mais il peut se défendre et réclamer sur ces produits industriels la part représentant les revenus normaux du capital dont on lui a enlevé la jouissance. (1)

La faillite de la femme comprendra tous ses biens en propriété et en jouissance. On parviendra à cette solution par un raisonnement analogue à celui précédemment adopté.

Séparée de biens, la femme fait le commerce, touche les bénéfices, est tenue des dettes sans que son mari ait aucun droit, aucune obligation.

Sous le régime dotal, la femme sera, quant aux biens dotaux, dans une situation analogue à celle créée par le régime sans communauté, tandis qu'elle sera considérée comme séparée quant aux biens paraphernaux.

Voilà à quels résultats arriveront les époux sans le secours d'une société. Examinons maintenant *comment, pratiquement, s'organiseront et fonctionneront les sociétés entre époux.*

Les époux qui veulent entrer en société doivent constituer un capital social. Sous le régime de la communauté, ils le forment par des prélèvements

(1) Thaller, *Traité élémentaire de Droit commercial*, n° 173.

exercés sur leurs biens propres et sur les biens communs, affectant par exemple à l'entreprise une usine que l'un d'eux possède en propre tandis que la communauté fournit le fonds de roulement.

Sous le régime sans communauté, comme sous celui de séparation, les époux puiseront chacun dans leurs biens personnels. S'ils sont mariés sous le régime dotal, il en sera de même avec cette différence que les biens dotaux ne sauraient être mis dans une entreprise commerciale. Inaliénables et insaisissables, ils n'offriraient aucune garantie aux créanciers sociaux.

Le capital social pourra, en cours de société, être augmenté ou diminué suivant le désir des deux associés : aucune immutabilité ne s'opposera à ces modifications. Ce patrimoine doué de personnalité, unique et nettement défini, se séparera et s'isolera des biens des époux divisés en diverses catégories, au gré du régime matrimonial.

La société sera valablement représentée par un gérant, les époux n'étant plus liés dans le domaine social par leur régime matrimonial, pourront déroger aux droits du mari comme chef ; la femme sera valablement chargée d'administrer les biens isolés de ceux soumis au régime matrimonial.

Chaque associé aura un droit de contrôle sur les actes de son co-associé et la femme pourra critiquer ceux de son mari, s'il est gérant. Elle devra seule-

ment obtenir l'autorisation de justice lorsqu'elle voudra intenter une action en révocation de mandat ou en responsabilité contre son mari.

Les bénéfices de l'entreprise commerciale se répartiront entre les époux conformément aux statuts.

Quant aux pertes, chaque époux associé en répondra sur le patrimoine social et sur ses biens personnels : les créanciers sociaux exerceront leur privilège sur le capital social.

La société et chacun des époux commerçants pourront être mis en faillite. Dans la faillite de la société, les créanciers sociaux produiront seuls, mais ils viendront dans la faillite de chaque époux en concours avec leurs créanciers personnels.

La société prendra fin par l'expiration du terme fixé, par la mort ou l'interdiction d'un des associés, par la volonté de tous les deux.

Cette dissolution précédera celle de l'association conjugale, lui sera concomitante ou postérieure.

Prenons des époux mariés sous le régime de communauté.

Les époux votent la dissolution de la société qu'ils avaient contractée entre eux.

La société sera liquidée conformément aux statuts : les biens composant le patrimoine social, qui aura perdu sa personnalité, les bénéfices et les pertes se répartiront entre les catégories établies par le régime matrimonial,

La femme commune, qui, plus tard, renoncera à la communauté, n'en aura pas moins valablement payé les dettes sociales ainsi qu'elle l'aurait fait si elle avait formé une société avec un étranger. Son droit de renonciation n'est d'ailleurs pas compromis : il subsiste tout entier à l'égard des dettes communes.

Le mariage peut prendre fin en même temps que la société par la mort de l'un des époux.

Il sera préférable, semble-t-il, de liquider d'abord le patrimoine social et de reconstituer avec ses éléments, et conformément aux statuts, le patrimoine de chaque époux.

C'est alors qu'une liquidation du régime matrimonial pourra utilement se poursuivre.

Enfin, l'association conjugale pourra disparaître avant la société ; on peut supposer — l'hypothèse sera rare — deux époux qui divorcent et entendent cependant maintenir le pacte social.

Dans ce cas, la société commencée entre deux époux, continuera entre deux associés, étrangers l'un à l'autre et les statuts feront avec plus d'autorité encore la loi des parties.

Ainsi, fonctionnerait à côté du régime matrimonial, la société entre époux.

En résumé, nous avons essayé de démontrer que — malgré qu'on l'ait soutenu — aucun régime matrimonial, la communauté même, ne constituait

un type de société. Nous avons exposé qu'avec le commerce individuel, — mari ou femme seul commerçant — les époux n'arrivaient qu'à des résultats très imparfaits. Nous en concluons que, même entre époux, les sociétés répondent à un besoin social. Nous avons esquissé le plan d'une société entre époux, vivant d'une vie propre, parallèlement et à l'écart du régime matrimonial.

Cette conception d'une société entre époux a-t-elle été adoptée par la jurisprudence et par les auteurs ?

Dans quelle mesure convient-il de l'accepter ?

Autant de questions que nous essaierons de résoudre dans les chapitres suivants.

DEUXIÈME PARTIE

De la validité des Sociétés entre époux.

CHAPITRE I

LA JURISPRUDENCE ANNULE LES SOCIÉTÉS ENTRE ÉPOUX

Les sociétés entre époux sont-elles licites ? Aucun texte du Code ne pose ni ne tranche la question. La jurisprudence et la doctrine n'ont pu se mettre d'accord sur la solution qu'il convient de lui donner. Le problème, s'il ne présente pas l'attrait de la nouveauté, offre du moins l'intérêt de n'être pas clos par une opinion définitive. Le champ reste ouvert à la discussion et nous voudrions essayer, reprenant les arguments fournis par la doctrine et la jurisprudence, pour ou contre les sociétés entre époux, de faire un choix parmi eux et d'édifier avec les plus solides une opinion, sinon personnelle, du moins juridique.

La jurisprudence, il faut l'avouer, prononce avec une absolutisme et une continuité déconcertantes, la nullité des sociétés entre époux. Elle n'a jamais

varié, que l'on ouvre les recueils d'arrêts publiés il y a un demi-siècle ou ceux qui datent d'hier, la même décision s'y retrouve : la société entre époux n'est pas valable.

Dès 1851 (Crim. cass., 9 août 1851. Aff. Gavelle, D., 52, 1, 160), la Cour de cassation avait annulé une société formée par deux conjoints.

Le 5 mai 1906, la Cour de Montpellier (Montpellier, 5 mai 1906, D., 1906, 2, 117) se prononce dans le même sens.

Quels mobiles puissants ont pu agir, d'une manière si permanente, sur l'esprit de nos magistrats ? Telle est la première question à résoudre.

Les auteurs sont-ils aussi intransigeants ? Ne se divisent-ils pas en plusieurs groupes ; les uns admettant largement les sociétés entre époux, quel que soit le régime adopté, les autres ne les validant que dans certaines hypothèses ? Voilà le second point à examiner dans un chapitre suivant.

De quelle espèce de nullité sont ainsi frappées les sociétés entre époux ? Nous réservons le problème. Intimement liée à leur mode de liquidation, la théorie de la nullité des sociétés entre époux doit être étudiée dans une partie spéciale qui sera la dernière de notre travail.

Pourquoi la jurisprudence prononce-t-elle la nullité des sociétés entre époux ?

Les arrêts fondent la nullité des sociétés entre

époux sur le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, sur le caractère absolu des droits du mari comme chef, et sur un certain nombre de textes d'où ils tirent des arguments de détail.

Développons le raisonnement de la jurisprudence. Aux termes de l'article 1395 du Code civil, « les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage ».

Le contrat de mariage, productif d'intérêts à l'égard de tous, se sépare des contrats ordinaires qui n'intéressent que les parties. « C'est moins un contrat qu'une sorte de charte particulière, contenant la loi, sous laquelle les époux vont vivre et qui va régler leurs rapports avec les tiers (1). »

Dans l'intérêt de la femme, dans l'intérêt des tiers, le législateur a donné à cette charte un caractère particulier de stabilité, en décrétant l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Ainsi le mari ne pourra abuser de l'influence qu'il exercera sur sa femme pour modifier, à son profit, les articles du contrat de mariage ; ainsi les tiers qui traiteront avec les époux le feront sur des bases précises et invariables.

La jurisprudence, considérant cette règle, s'en

(1) Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, n° 813.

fait une arme contre la validité des sociétés entre époux.

Les rapports pécuniaires des conjoints, dit-elle, doivent être réglés, une fois pour toutes, au jour du mariage, qu'un contrat ait été passé par devant notaire, ou qu'à son défaut, le régime légal se soit imposé.

L'établissement d'une société entre eux, qu'elle ait précédé le contrat de mariage, qu'elle lui soit contemporaine ou postérieure, vient modifier les conventions matrimoniales.

L'utilité d'une société entre époux n'apparaît qu'autant qu'elle apporte, dans leur vie pécuniaire, des conditions nouvelles, soit dans la répartition des biens ou des pouvoirs, soit dans le partage des bénéfices ou des pertes, et c'est précisément cet élément nouveau que la loi défend d'introduire dans les conventions matrimoniales.

Le point de départ du raisonnement que construit la jurisprudence est bien celui-ci. Nous le constatons dans un arrêt de la Cour de Paris (14 avril 1856, affaire Belhomme, D., 56, 2, 231).

« Attendu qu'il résulte des dispositions légales
« régissant la société et la communauté conjugale
« qu'il y a incompatibilité entre l'une et l'autre ».

« Qu'en effet, aux termes de l'article 1832 C. civ.,
« la société est un contrat par lequel deux ou plu-
« sieurs personnes conviennent de mettre quelque

« chose en commun, dans le but de partager des
« bénéfices ;

« Qu'il est constant que par l'effet seul du
« mariage avec la communauté, ce résultat est
« obtenu dans des proportions et avec des condi-
« tions qu'il ne leur est point permis ni de changer
« ni de modifier, de quelque manière que ce soit
« après le mariage.

« Que l'adjonction d'une association ordinaire à
« l'association conjugale aurait pour effet de modifier
« complètement la situation des époux, l'un vis-
« à-vis de l'autre, soit quant à l'administration des
« biens communs, soit quant à leur partage après la
« dissolution, soit quant aux droits et obligations
« de chacun, mais surtout de la femme vis-à-vis
des créanciers.

Un jugement du tribunal civil de la Seine, en date du 10 décembre 1857, confirmé par arrêt de la Cour d'appel du 9 mars 1859 et par arrêt de la Cour de cassation du 7 février 1860 (D., 1860, 1, 415), statuant sur la validité d'une société constituée, le jour de la signature du contrat par acte séparé, déclare :

« Que cette convention, faite en dehors du contrat
« de mariage, le jour même, constitue une sorte de
« contre-lettre à l'un des actes qui doivent être le
« plus entourés de loyauté, de bonne foi et de
« publicité ».

D'autre part, si les statuts n'apportent aucun changement aux conventions matrimoniales, la jurisprudence annule les sociétés comme ne réunissant pas les caractères qui leur sont essentiels.

C'est ainsi que le tribunal correctionnel d'Abbeville, dans un jugement confirmé par arrêt de la Cour de cassation du 9 août 1851 (affaire Gavelle, D., 1852, 1, 160) conclut : « Attendu qu'avant « 1832 (date de la création de la société), les époux « Gavelle étaient mariés sous le régime de communauté légale ».

« Attendu que le fonds social et l'industrie réciproque étaient déjà en commun ;

« Attendu que la convention n'a pas eu pour but « la mise en commun d'une chose, ou le partage « des bénéfices, résultats déjà assurés par le régime « de communauté.

« Par ces motifs,

« Annule l'acte de société de 1832 comme ne « réunissant pas les caractères essentiels au contrat « de société ».

Suivant les arrêts, tout contrat de société contredit les conventions matrimoniales, sinon il manque de ses caractères essentiels.

En résumé, on ne saurait concevoir une société qui ne paralyserait pas le libre jeu des conventions matrimoniales.

Sous le régime de communauté, les propres de

chacun des époux mis en société, perdront leur qualité, pour former une sorte de patrimoine commun, le fonds social.

Quant aux revenus, ils seront affectés aux besoins de l'entreprise et comme tels isolés de la communauté où ils doivent normalement tomber. « Com-
« ment admettre qu'une communauté, par exemple,
« dans laquelle ne tombent plus effectivement les
« revenus des époux, qui est dépouillée en fait des
« conquêts qui formaient la garantie des tiers et
« cela au profit des associés, s'est maintenue dans
« les conditions primitives qui réglaient les intérêts
« pécuniaires du mari et de la femme (1) ».

Le mari n'a plus la faculté d'administrer seul les biens communs, ni de disposer à titre gratuit et particulier du mobilier commun.

Comment défendre l'hypothèse très plausible, où le mari sera complètement dépouillé de ses pouvoirs d'administrateur conférés à la femme par un vote d'assemblée. La femme devenue le gérant de l'entreprise à laquelle sont affectés la plus grande part des biens des époux, le mari resté administrateur des épaves de la communauté, telle est la situation que la loi ne saurait admettre à laquelle la justice doit mettre un terme.

(1) Pascaud, *Revue des Sociétés*, Les sociétés entre mari et femme, *Revue des Sociétés*, 1890, p. 100.

Au point de vue du passif, le législateur s'est appliqué à protéger la femme contre son mari et ses créanciers. Que reste-t-il de ses garanties, si la femme est indéfiniment responsable sur tous les biens vis-à-vis des créanciers sociaux. La femme ne peut s'obliger seule que dans certains cas spéciaux. Elle pourra renoncer à la communauté, opposer son bénéfice d'émolument.

« Attendu, dit un arrêt de la Cour de Dijon du « 22 décembre 1875 (S., 1875, 2, 81), que le « mariage enlevant à la femme la liberté de ses « actes, la loi civile et la loi commerciale ont dû lui « enlever la responsabilité justement laissée au mari « sous l'autorité duquel la femme est placée. »

Devenue associée, la femme recouvre et sa liberté et sa responsabilité contrairement à la loi.

Grâce à l'art. 1431, la femme bénéficie d'un régime de faveur : lorsqu'elle s'oblige solidairement avec son mari pour les affaires de la communauté ou du mari, elle n'est réputée à l'égard de celui-ci s'être obligée que comme caution, elle doit par conséquent être indemnisée de l'obligation qu'elle a contractée. Quand deux conjoints garantissent de cette manière le paiement d'une dette sur leurs deux patrimoines, le Code établit une présomption légale : l'obligation est contractée pour les affaires de la communauté ou du mari. Au créancier, la femme devra payer le montant intégral de la dette,

mais elle exercera contre son mari un recours pour le tout.

Du jour où la femme entre en société avec son mari, la présomption tombe lorsqu'il s'agit de dettes contractées aux fins de l'entreprise. Elle se trouve l'égale de son mari et n'a plus aucun recours à exercer contre lui.

La société prendra fin avant la communauté, à la même époque ou même lui survivra (séparation de biens, de corps, divorce). La société rigoureusement se liquidera sur les bases des statuts. La communauté se liquidera d'après les règles du Code.

C'est dire que le partage des biens, la répartition des pertes auront lieu de manière absolument différente dans l'un et l'autre cas. La liquidation d'une communauté, si difficile et enchevêtrée ne se conçoit même pas compliquée de la liquidation d'une société. En tous cas, les principes de l'une contraignent les règles de l'autre : inévitablement, la liquidation de la société portera atteinte aux conventions matrimoniales, et c'est là une raison de plus d'annuler les sociétés entre époux sous le régime de communauté.

Sous tout autre régime matrimonial, régime sans communauté, séparation de biens ou régime dotal, la perturbation sera plus grave encore. Les biens dont la femme a la propriété exclusive seront confondus avec ceux du mari dans le patrimoine social

pour être l'objet d'une administration et d'une jouissance communes, alors qu'ils doivent être séparés les uns quant à la propriété, les autres quant à l'administration et à la jouissance.

« Substituer à la séparation l'association universelle, c'est évidemment défaire son propre ouvrage, c'est mettre une combinaison nouvelle à la place de l'ancienne, c'est pour ainsi dire passer d'un pôle à l'autre pôle, quand la loi défend de changer de place (1) ».

Troplong exprime, dans un langage très expressif, cette évolution des biens, qui doivent rester séparés de par le régime matrimonial, vers un patrimoine commun et ce qu'il dit de l'association universelle greffée sur une séparation de biens peut s'affirmer, toutes proportions réduites, si l'on suppose la constitution d'une société particulière.

Cette situation est analysée dans un arrêt précité de la Cour de Paris (9 mars 1859, D., 1860, 2, 13).
« Attendu que, malgré la réserve de certains meubles à usage personnel des époux, la société comprenait tout ce qui était productif dans la fortune de M^{me} Morel, sauf la propriété de son immeuble et donnait au mari comme associé l'administration et la jouissance que la femme étant séparée devait conserver (art. 1536-1537).

(1) Troplong, *Contrat de mariage*, t. 1^{er}, n° 240.

Ainsi modifiant la répartition des biens, démembrant les pouvoirs du mari, changeant les bases de la liquidation, les époux arrivent à un « régime matrimonial sans nom et sans caractère (1) » qu'il qu'il devient difficile de qualifier.

Si l'on veut mettre les choses au pire, on peut même avancer que les époux séparés, sous couleur de société, arriveront à rétablir la communauté sans remplir les formalités de l'article 1451.

Aux termes de cet article, les époux séparés de corps ou de biens ne pourront rétablir entre eux la communauté, que, par un acte passé par devant notaires et avec minute dont une expédition sera affichée dans les formes de l'art. 1445, c'est-à-dire sur un tableau apposé dans la première chambre du tribunal civil, et de plus, si le mari est marchand, dans celle du tribunal de commerce du lieu de son domicile.

En outre, la communauté reprend son cours dans les conditions exactes où elle se trouvait à la veille de la séparation.

« Elle reprend » dit le Code, « son effet du jour du mariage : les choses sont remises au même état que s'il n'y avait point eu de séparation.

« Toutes conventions par laquelle des époux rétabliraient la communauté sous des conditions

(1) Pascaud précité, p. 400,

« différentes de celles qui la réglaient antérieurement
« est nulle ».

La loi établit, à l'égard des époux séparés, deux prohibitions : défense de rétablir la communauté sans acte passé par devant notaire et publié, défense de modifier la communauté préexistante à la séparation.

La constitution d'une société entre époux permet de tourner aisément cette double prohibition.

En voici un exemple :

En 1859, les époux Legendre se marient sous le régime de la communauté.

En 1872, le mari ayant fait des pertes commerciales, la femme demande et obtient la séparation de biens, fait liquider ses reprises. Quelques années après les deux conjoints commencent l'exploitation d'un café glacier à Rennes : ils affectent à cette entreprise, l'un ses biens personnels, l'autre ses paraphernaux. Puis M^{me} Legendre ayant donné des signes d'aliénation mentale, est interdite. Son tuteur demande la liquidation de l'association. La Cour de cassation, par un arrêt du 7 mars 1888 (D., 1888, 1, 349), annule cette association de fait, comme contrevenant à l'article 1451 du Code civil et rétablissant, après la séparation de biens, la communauté sous une forme différente.

L'exposé de cette espèce montre mieux que tout raisonnement comment deux époux pourront

arriver à transformer leurs conventions matrimoniales.

Deux époux mariés sous le régime de la communauté, réduite aux acquêts, peuvent s'entendre pour obtenir une séparation de biens. Puis ils contractent une société et réunissent en un patrimoine social les biens qui devaient rester isolés sous le régime de communauté réduite aux acquêts.

La société offre donc aux époux un moyen de tourner la loi et par là même fournit un argument contre sa validité.

Si les sociétés entre époux violent le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, elles créent aussi des *dérogations illégales aux droits du mari comme chef*.

L'art. 1388 au seuil des articles consacrés aux régimes matrimoniaux, établit une règle d'application générale. « Les époux ne peuvent déroger aux « droits qui appartiennent au mari comme chef ». Cette règle n'a pas été écrite pour le seul régime légal où le mari est seigneur et maître des biens de la communauté, mais bien pour tous les régimes.

Il faut qu'une autorité s'exerce dans l'association conjugale : le législateur en a accordé l'exercice au mari, auquel il a conféré des prérogatives et des charges. Il a par ailleurs doté la femme de garanties sérieuses, écartant de sa route les responsabilités. On ne saurait modifier cet état de choses sans

époux vivants. Il se sera supposé deux conjoints mariés, le premier peut de deux époux à son tour avoir deux fois avec la même femme sans être jamais obligé de s'abstenir devant son épouse.

Encore plus, le mariage autorisé « à la femme ou « deuil de contrainte ou au deuil de surveillance sur « la gestion du mari, s'il est présent, comme dans « l'exemple, et de plus, les parents d'induire « contre son mari, pendant le mariage, les actions « de diverses natures qui méritent les caractères de « violence, telles par exemple que l'adultère en com- « mission de présence, ou dissolution de mariage, ou « tout d'autres de violence et de gravité dont l'existence « troublerait le paix du mariage (1).

La jurisprudence a appliqué ces restrictions à toutes d'espèces où elle a perçu le motif.

Ces deux principes : immutabilité des conventions matrimoniales, interdiction de mariage aux deuil du mari comme état, la jurisprudence applique aux différentes des mêmes règles après toute une série d'arguments logiques qu'elle pose dans les articles du Code.

Art. 159) — Cet article fournit un double argu-
ment à la jurisprudence : le motif est autorisé par le
texte est dans tous les cas, les hypothèses de datation ou paiement.

(1) Aff. Bellonnet, Paris, 15 avr. 1854. D., 1854, 2, 245.

Dans le silence de la loi, la société est assimilable à la vente, contrat onéreux comme elle. La vente étant interdite entre conjoints, la société doit l'être également. De plus, la société offre aux époux le moyen de tourner la prohibition de la loi.

La société est assimilable à la vente : cet argument est le corollaire de celui que nous avons précédemment développé.

La vente entre époux est interdite parce que, le mari étant le chef, la femme ne pourra discuter avec lui les conditions de son contrat.

« Il appert de l'exposé des motifs sur le titre de
« la vente que le législateur a voulu empêcher : les
« abus d'autorité du mari, l'influence de la femme ;
» il a considéré la difficulté qu'aurait le mari à con-
« cilier l'intérêt personnel et exclusif d'un contrac-
« tant avec la sage vigilance d'un protecteur et pour
« protéger plus sûrement la femme, il a interdit la
« vente entre époux » (1).

Par les mêmes raisons, les sociétés entre époux doivent être annulées. Le législateur ne s'est pas prononcé expressément : les arguments d'analogie sont donc les seuls possibles et celui-ci est l'un des meilleurs. Les motifs qui ont décidé du sort de la vente, militent avec la même force contre la vali-

(1) Aff. Belhomme, Paris, 14 avr. 1836, précité.

dité des sociétés entre époux. On doit donc proscrire l'une au même titre que l'autre.

Deux époux pourront introduire dans un contrat de société une clause qui vaudra vente et tourner ainsi la prohibition de l'art. 1595.

L'arrêt de la Cour de Paris du 9 mars 1859 (1) en fournit l'exemple. Les époux Pomier forment entre eux une société commerciale en nom collectif : ils ont stipulé que si le mari survivait, il deviendrait seul propriétaire de l'établissement, avec faculté de conserver la jouissance de l'immeuble pendant 6 ans, à charge de payer aux héritiers le montant des loyers et ce qui leur reviendrait dans le prix des ustensiles.

On peut supposer aussi que lors de la dissolution de la communauté et du partage qui la suit, il y aura des immeubles en commun : ces immeubles étaient l'apport d'un des conjoints : ils pourront passer par l'effet de la liquidation à l'autre conjoint. Or, l'échange est interdit entre époux, art. 1717.

Il est même si normal qu'une société puisse cacher une vente que la société suppose de la part de chaque associé la faculté d'aliéner au profit de son co-associé les choses mises en commun.

A tous ces titres, la société sera prohibée entre époux.

(1) D., 1860, 2, 13.

La combinaison de certains articles du Code civil fournit encore aux arrêts des arguments dans le même sens.

L'article 1096 déclare « que toutes donations « faites entre époux pendant le mariage, quoique « qualifiées entre vifs sont toujours révocables » et cette révocabilité est garantie par la prohibition de *l'article 1097* :

« Les époux ne pourront pendant le mariage se « faire ni par acte entre vifs ni par testament, « aucune donation mutuelle et réciproque par un « seul et même acte ».

Quel moyen facile de rendre leurs donations irrévocables offre aux époux la constitution d'une société. Dans l'estimation des apports, les époux trouveront un premier moyen de s'avantager.

Les statuts accorderont au mari une part de bénéfices supérieure à celle que lui vaudrait le montant de son apport.

Lors de la liquidation, les biens mis en société par l'un seront attribués à l'autre sans qu'une compensation rétablisse l'égalité.

Les époux Pomier, le jour du contrat du mariage, ont substitué à la séparation de biens une association dans le but d'avantager le mari par le partage des bénéfices. La femme était propriétaire de la presque totalité des mises sociales.

Le jugement du tribunal civil de la Seine du 10

décembre 1857 (D., 1860, 2, 13) : « Attendu qu'on
 « ne peut admettre que ce qui est prohibé devienne
 « permis en déguisant sous les qualités d'associé
 « celles de donateur et de donataire, » annule la
 société contractée entre les époux Pomier.

Un arrêt de cassation du 6 février 1888 (D., 88, 1, 401), fournit un nouvel exemple de donation : lors de la constitution d'une société entre eux et leur fils, les époux Veissière avaient inséré dans les statuts la clause suivante :

Art. 14 et 15 : « Au cas de décès de M. et
 « M^{me} Veissière, le survivant d'entre eux recueillera
 « à compter du partage, la part intégrale, tant en
 « prélèvements qu'en bénéfices attribués à son
 « conjoint dans ladite société qui continuera de
 « subsister entre les survivants ».

La Cour de cassation constate que la clause de survivance contenue dans les actes de 1869 et 1870 renferme une « cession gratuite des droits sociaux
 « de l'époux prédécédé au détriment des héritiers,
 « laquelle étant mutuelle et réciproque, doit être
 « tenue pour nulle par application des articles 1097,
 « 1099 C. civ., nullité entraînant aussi celle des
 « sociétés elles-mêmes »

Les donations sont plus sévèrement encore réglementées lorsqu'il y a des enfants.

S'agit-il des enfants communs, l'époux ne pourra donner à son conjoint plus d'un quart en pro-

priété et d'un quart en usufruit ou de la moitié de tous ses biens en usufruit seulement.

Mais si l'un des époux a des enfants d'un autre lit, l'art. 1098 lui interdit de donner à son nouvel époux plus d'une part d'enfant le moins prenant, sans que cette donation puisse jamais excéder le quart des biens.

Grâce à la souplesse des statuts, deux époux associés pourront se faire des donations qui dépasseront la quotité disponible établie par la loi.

Le même arrêt sert toujours à illustrer notre démonstration.

Pomier, en acceptant le régime de séparation et la donation d'une part d'enfant, par contrat de mariage, savait bien qu'il n'aurait droit à aucune indemnité pour son concours dans l'exploitation, qu'il jouirait seulement de l'aisance que procurerait au ménage l'entreprise, la loi lui interdisant tout autre avantage.

« Attendu que les juges ont méconnu les principes et les conventions matrimoniales en allouant
« en plus de la donation épuisant le disponible une
« indemnité de 25,000 fr. à son mari, qui, d'ailleurs
« pendant le mariage, aurait abusé de sa situation
« double de mari et d'associé pour s'enrichir aux
« dépens de la réserve légale des enfants du premier lit ». Par ces motifs, les magistrats de la

Cour infirmaient le jugement allouant au mari la somme de 25,000 fr. (9 mars 1859, D., 1860, 2, 13).

La Cour de cassation se prononçait dans le même sens, attendu que les avantages excédaient la quotité disponible en présence d'enfants du premier lit (7 février 1860, D., 1860, 1, 115).

D'ailleurs, là se trouve le motif de l'art. 1840 : Si « nulle société universelle ne peut avoir lieu « qu'entre personnes respectivement capables de « se donner et de recevoir l'une de l'autre et aux- « quelles il n'est point défendu de s'avantager au « préjudice d'autres personnes », c'est que la société présente un moyen trop aisé de frauder la loi à ce nouveau point de vue.

Enfin nous arrivons à l'argument qui a peut-être motivé les plus nombreux arrêts et que la jurisprudence tire des art. 220 C. civ. et 5 C. comm.

La femme n'est pas réputée marchande publique si elle ne fait que détailler les marchandises de son mari, mais seulement quand elle fait un commerce séparé.

Cet article s'oppose à ce que la femme puisse contracter avec son mari une société puisque toute société implique un commerce poursuivi en commun, et la qualité de commerçant chez chacun de ses membres.

M^{me} Lapeyre participait au commerce d'épicerie de son mari, s'occupant de la tenue de la caisse de

la comptabilité, des commandes à recevoir des voyageurs et à leur faire, des achats et des ventes, de l'achalandage.

Les affaires étant devenues mauvaises, elle est déclarée en faillite puis en liquidation judiciaire avec son mari.

La Cour de Montpellier, par arrêt du 5 mai 1906 (1), lui refuse la qualité de commerçante et met à néant les conséquences : faillite puis liquidation judiciaire, que l'on avait tirées de cette constatation.

« Attendu qu'elle n'est pas commerçante, car elle « ne fait pas un commerce séparé aux termes des art. 220 C. civ. et 5 C. com.

« Attendu que cette règle formulée au Code de « commerce et au Code civil, chapitre des devoirs « respectifs des époux, est une conséquence de la « puissance maritale et une application du principe « de l'immutabilité des conventions matrimoniales « qui font obstacle à l'existence légale d'une société « commerciale entre époux.

« Qu'il en résulte pour la femme mariée exploi- « tant conjointement avec son mari le même fonds « de commerce, une présomption juris et de jure, « qu'elle agit comme préposée de son mari et ne « peut être considérée comme commerçante »

(1) D., 1906, 2, 217,

La femme ne sera pas déclarée commerçante alors même qu'elle figurerait au bilan déposé par son mari failli et qu'elle aurait signé ce bilan conjointement avec lui ; Paris, 7 février 1835 (D., *Rép. commerçant*, n° 187).

La femme qui ne fait qu'exploiter conjointement avec son mari le même fonds de commerce, ne peut, alors même qu'elle serait séparée de biens et patentée en son nom personnel, être réputée commerçante ni dès lors être condamnée solidairement avec son mari au paiement des dettes contractées pour ce commerce.

Un arrêt de renvoi de la Cour de Dijon développe clairement le raisonnement de la jurisprudence :

AFF. LABAT, *Arrêt de renvoi* de la Cour de Dijon, 22 déc. 1875, S. 76, 2, 81.

Au fond : Attendu que le mariage enlevant à la femme la liberté de ses actes, la loi civile et la loi commerciale ont dû lui enlever la responsabilité justement laissée au mari sous l'autorité duquel la femme est placée ;

Attendu que spécialement au regard de la loi commerciale une responsabilité personnelle ne peut incomber à la femme mariée qu'autant qu'elle est marchande publique et qu'elle n'est marchande publique, suivant les art. 220 C. civ. et 5 C. com., que si elle exerce un commerce séparé de celui de son mari ;

Que vainement on voudrait échapper aux termes formels et absolus des articles précités, en soutenant qu'ils ne sont plus applicables lorsque, par la part que la femme a prise dans la conduite du commerce, elle ne doit pas être regardée simple

ment comme la préposée du mari, mais bien comme son associée ;

Qu'une pareille association serait en contradiction avec les principes qui régissent la société conjugale, quand c'est la loi qui en fixe les conditions et plus particulièrement encore lorsque, comme dans l'espèce, ces conditions ont été déterminées par un contrat ;

Attendu en fait qu'après leur mariage, les époux Labat ont ensemble et conjointement exercé un même commerce de marchands de vins ;

Que la femme n'était donc pas marchande publique et ne pouvait, par suite, être déclarée en faillite.

La jurisprudence annule la société et qualifie la femme la préposée de son mari.

A son égard, « le contrat de société sera trans-
« formé en contrat de mandat ou de préposition. » (1)

La femme reprend ainsi sa situation inférieure vis-à-vis de son mari ; elle sera réputée son préposé et la hiérarchie de l'association conjugale sera respectée.

Ajoutons que la femme, d'après la jurisprudence, a besoin, pour entrer en société, d'être autorisée par son mari. Pour former une société avec lui-même, comment le mari serait-il qualifié pour autoriser sa femme ? La maxime *nemo in rem suam auctor esse potest* s'y oppose. Comme nous le disions plus haut, le mari ne saurait concilier avec l'intérêt personnel et exclusif d'un contractant la

(1) Bressolles, *La femme du commerçant*. n° 26 ; Nîmes, 18 déc. 1886 et note, D., 1892, 1, 117.

sage vigilance d'un protecteur. Quant à l'autorisation de justice, elle est prévue dans des cas trop spéciaux pour pouvoir être étendue à notre hypothèse. Nous nous sommes efforcés de passer en revue la plupart des arguments que la jurisprudence a forgés contre les sociétés entre époux.

Pour justifier en équité ces motifs d'ordre purement juridique, les magistrats ajoutent que la constitution d'une société avec son mari crée pour la femme un risque grave. L'esprit du Code est un esprit de protection pour la femme ; il lui retire les pouvoirs dangereux à manier, il l'entoure de garantie. C'est tout ce système protecteur de la femme que vient ruiner la société entre époux, et c'est aux yeux de la jurisprudence, une dernière raison de l'annuler.

CHAPITRE II

DANS QUELLE MESURE LES SOCIÉTÉS ENTRE ÉPOUX SONT LICITES

Que faut-il penser de la théorie soutenue avec tant de persistance par la jurisprudence ?

Faut-il annuler les sociétés conclues entre époux, faut-il au contraire les valider ?

Ne convient-il pas d'introduire des distinctions et de donner des solutions différentes suivant les espèces ?

Pour répondre à ces diverses questions, nous reprendrons chacun des arguments développés par la jurisprudence et, pour commencer par le premier, nous allons examiner si le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales constitue un obstacle infranchissable à la validité des sociétés entre époux.

Qu'est-ce, au fond, que cette règle, si souvent invoquée, que l'art. 1395 édicte d'une manière si brève ; « Les sociétés entre époux ne peuvent

« recevoir aucun changement après la célébration
« du mariage » ?

Sans doute les époux ne peuvent substituer au régime qu'ils ont adopté dans leur contrat de mariage un régime différent ; sans doute il leur est défendu de convenir d'une organisation nouvelle de leurs biens, destinée à remplacer l'ancienne. Dans l'intérêt des tiers, dans l'intérêt des parties, le législateur a voulu que les conventions matrimoniales fussent définitives dès le jour du mariage.

Cette charte qui gouverne et régit la vie juridique future des époux, qui conditionne les contrats qu'ils passeront entre eux ou avec d'autres, devait présenter un caractère d'unité et de stabilité, nécessaire à la sécurité des transactions.

Mais, si elle porte sur l'ensemble des biens des époux, si elle réglemente l'administration de leur patrimoine tout entier, si, à ce titre, elle constitue une règle immuable, — on ne saurait voir dans le fait par l'un des époux de passer un acte juridique, concernant l'un de ces biens, une violation du contrat de mariage, à moins d'en venir à immobiliser le patrimoine tout entier des époux, solution évidemment contraire aux intentions du législateur.

Or, c'est précisément un simple acte juridique et d'une portée toute relative que les époux passent entre eux lorsqu'ils s'associent.

La société entre époux ne constitue pas un nou-

veau régime à côté, à la place même de l'ancien. Elle ne substitue pas une nouvelle condition des biens de l'association conjugale, elle n'établit pas une charte d'une portée générale, conditionnant à l'avance toute la vie juridique des époux.

C'est un simple contrat au même titre que le mariage, le dépôt, etc. On ne peut l'introduire entre époux sans prohiber également tous les autres contrats entre eux.

« Si le principe que l'on invoque, écrivent MM. Thaller et Pic (1), « devant réellement avoir
« pour résultat de mettre obstacle à toute mutation
« de propriété d'un époux à l'autre, il eût fallu
« interdire tous contrats entre époux. Une conven-
« tion quelconque intervenant entre eux serait de
« nature à altérer le contrat de mariage, la dona-
« tion en faisant passer au mari un bien prove-
« nant du patrimoine de la femme ou inversement,
« le mandat en faisant administrer un paraphernal
« par le mari. Cependant donation (art. 1096 C.
« civ.) et mandat (art. 1577) sont formellement
« autorisés entre époux, ce qui prouve bien que le
« législateur n'a pas du principe de l'immutabilité
« des conventions matrimoniales une conception
« aussi absolue, nous dirions volontiers aussi tyran-
« nique. »

Contrairement à ce que soutient la jurisprudence,

(1) Thaller et Pic. *Traité des sociétés*, n° 409.

les époux pourront donc former entre eux une société sans violer le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Ce premier argument de principe écarté, passons aux arguments de détail que les arrêts nous présentent.

Voici le premier d'entre eux :

La vente est interdite entre époux — par analogie les autres contrats entre époux, passés sous silence par la loi, doivent être annulés, et plus particulièrement la société assimilable à la vente.

Nous n'admettons pas en principe que les époux soient déclarés incapables à raison de cette seule qualité.

« Toute personne peut contracter si elle n'en est
« pas déclarée incapable par la loi. » Art. 1123
C. civ.

Le législateur, dans l'art. 1595, a prohibé la vente entre époux, sauf dans trois hypothèses ; mais il n'a pas étendu à la société les règles de la vente comme il l'a fait pour l'échange, art. 1707.

L'analyse grammaticale du texte montre bien que son intention a été d'établir une exception.

« L'article 1595, dit « le contrat de vente », *ne*
« *peut avoir lieu* entre époux que dans les trois cas
« suivants. » Si, d'une façon générale, les contrats
« entre époux avaient été interdits, le Code aurait
« eu certainement une formule toute différente ; il

« aurait dit par exemple : « Le contrat de vente
« peut avoir lieu entre époux dans les trois cas, etc.
« De négative son exception serait devenue
« positive. » (1).

Ainsi l'exception posée par ce texte établit une règle : les contrats sont permis entre époux.

La loi s'explique dans sa défense comme dans sa permission.

La vente ne répond pas au but de l'association conjugale : l'enrichissement des époux par le concours de leurs activités. « La vente déplace un
« élément de fortune, elle le déplace sans accroître
« l'avoir commun. Le ménage n'a pas de ressources
« plus grandes parce qu'un bien a passé du patri-
« moine propre d'un époux dans celui de son
« conjoint. »

« La société est un contrat d'enrichissement.
« Il est naturel que les époux dont la perspective
« est l'amélioration du sort commun par la collabo-
« ration essaient par la réunion annoncée aux tiers
« de leurs efforts et de leur crédit, de faire avec le
« public des contrats avantageux. » (2).

En résumé, la défense de la vente n'enlève aucune ressource aux époux, tandis que la défense de la société leur enlèverait des chances d'enrichissement

(1) Gouyon, Thèse, 1888, p. 110.

(2) Labbé, Note, voir arrêt du 6 févr. 1888, S., 1890, 1, 49.

On conçoit que le législateur ait décidé différemment du sort de l'un et de l'autre contrat.

Faut-il craindre que l'un des époux n'exerce sur l'autre une fâcheuse influence et n'y a-t-il pas dans le fait par les époux de rédiger et de discuter ensemble les statuts, une atteinte aux droits du mari comme chef ?

M. Beudant (1) écarte cette objection : « On
« admet, écrit-il, les conjoints à débattre leurs
« intérêts sur le pied d'égalité en matière de louage,
« de transaction, de cautionnement, de contrats
« quelconques ; en quoi est-il moins admissible
« qu'ils le débattent en matière de société ? Si
« l'argument invoqué (atteinte à l'égalité) était
« décisif et topique, il conduirait à prohiber tous
« les contrats entre époux. »

« De fait plusieurs textes prévoient des contrats
« entre époux, sans même paraître supposer qu'il
« puisse y avoir question à propos d'eux : la dona-
« tion, le mandat, le cautionnement, sans parler
« même du règlement d'intérêts qui intervient après
« la séparation de biens, art. 1476 et de la conven-
« tion de rétablissement de la communauté après la
« séparation, art. 1451. Tout cela ne suppose-t-il
« pas qu'en principe les contrats sont permis entre
« époux ? »

(1) Beudant, *Cours de Droit civil*, I, n° 313, p. 439.

Passons aux arguments que fournissent à la jurisprudence les articles 1094, 1096, 1098, 1099, et 1840 C. civ.

Nous concédons volontiers que la société constituera pour les époux un mode facile de se faire des donations qui pourraient être difficilement révocables. Aussi réclamerons-nous que « chaque époux, « puisse, comme il peut révoquer les donations « qu'il fait à son conjoint, faire cesser à tout instant « la société même si les statuts assignaient à sa « durée un terme précis. » (1).

Si les époux formaient une société dans le but de se faire des donations mutuelles et réciproques par un seul et même acte, au mépris de l'art. 1096, de s'avantager au-delà des limites permises par les art. 1094, 1099, — les tribunaux interviendraient avec raison pour la dissoudre : ce sera là une question d'espèce. Il planera au-dessus des sociétés entre époux une présomption de fraude mais « rien « n'autorise à édicter ici une présomption juris et « de jure de fraude à la loi. » (2).

Quant à l'article 1840, il prohibe « toute société « universelle entre personnes auxquelles il est « défendu de s'avantager au préjudice d'autres « personnes ».

(1) Thaller et Pic, *Traité des sociétés*, n° 409.

(2) *Id.*, n° 411.

Or, les époux rentrent précisément dans cette dernière catégorie : il semble que toute société universelle leur soit interdite.

Mais l'article 1842 ne dit-il pas que « le contrat « par lequel plusieurs personnes s'associent, soit « par une entreprise désignée, soit pour l'exercice « de quelque métier ou profession est aussi une « société particulière », et ne peut-on pas soutenir avec M. Planiol (1) « que les sociétés commerciales, « étant conclues pour l'exercice d'une profession, « en vue d'une entreprise désignée, sont des sociétés « particulières aux termes de l'art. 1842 », c'est-à-dire sont permises sans limitation entre époux. Si les époux sont séparés de biens judiciairement, il y a lieu de craindre qu'au mépris de l'art. 1451 C. civ., ils tentent de rétablir, par la constitution d'une société, leur ancien régime sur des bases différentes. Nous répéterons ici que le rôle des tribunaux sera précisément de déjouer ces fraudes là où ils les rencontreront.

« La femme n'est pas réputée marchande publique « si elle ne fait que détailler les marchandises du « commerce de son mari, mais seulement quand « elle fait un commerce séparé » (art. 5 C. com., 220 C. civ.). La femme ne pourra contracter une société de commerce avec son mari, puisque cette

(1) Planiol, *Revue critique*, 1888, p. 277.

société implique la qualité de commerçant chez chacun de ses membres.

Tel est le dernier argument que la jurisprudence nous oppose. Il est aisé de l'écarter.

Les art. 5 C. com. et 220 C. civ. établissent une présomption favorable à la femme, elle pourra aider son mari dans l'exercice de son commerce, sans craindre la responsabilité qu'entraînerait pour elle la qualité d'associée. Rassurée sur la portée de ses actes, la femme deviendra volontiers l'auxiliaire de son mari : on voit l'esprit bienveillant des art. 5 et 220.

Mais cette présomption tombera en face d'un acte exprès de société, supprimant toute équivoque sur la nature de la collaboration apportée par la femme au mari.

Les articles précités « disent seulement qu'une « société tacite ne se présumera pas entre eux (les « époux) aussi facilement qu'entre étrangers, et « cela est juste parce qu'il existe déjà entre eux « une communauté d'intérêts autrement réglée par « le contrat de mariage, parce que la femme peut « aider son mari sans pour cela vouloir être « associée (1) ».

Si l'on nous oppose que *nemo potest auctor esse in rem suam*, que le mari n'est pas en droit d'auto-

(1) Boistel, *Cours de Droit commercial*, n° 102, p. 80.

riser sa femme à contracter une société avec lui, nous répondrons qu'en dehors du mariage, la capacité de la femme égale celle de l'homme ; il est malaisé de soutenir aujourd'hui que la femme a besoin de la protection de son mari, tandis que le législateur augmente sans cesse ses prérogatives et ses pouvoirs. Depuis le 13 juillet 1907, la femme n'a-t-elle pas, sous tous les régimes, sur les produits de son travail, les mêmes droits d'administration que l'article 1449 du Code civil donne à la femme séparée de biens ? Ne peut-elle pas faire emploi des produits de son travail en valeurs mobilières ou immobilières, et sans l'autorisation de son mari, aliéner à titre onéreux les biens ainsi acquis ?

Si l'autorisation maritale subsiste dans nos Codes, c'est uniquement dans le but de faire respecter l'autorité du mari. Elle sera respectée et la question ne se posera pas dans notre espèce, le mari donnant son consentement à la femme, du fait même qu'il l'accepte comme associée.

Nous écartons un dernier scrupule de la jurisprudence qui voit dans les sociétés entre époux un grave péril pour la paix du ménage.

On peut affirmer le contraire : la communauté d'intérêts, née de la société, fortifiera singulièrement l'association conjugale, et le lien social s'ajoutera à tous ceux qui unissent déjà les époux. Que des dissentiments puissent naître entre époux,

à raison de l'administration de la société, cela n'est pas niable.

La société, il est vrai, « participe de l'infirmité
« inhérente à tout ce qui est humain et n'est point
« à l'abri de tous les troubles qui peuvent désunir
« ce qui devrait être naturellement uni. Mais de
« même que l'éventualité de certaines luttes intes-
« tines ne fait pas obstacle à la formation et au
« maintien de la communauté, pareillement elle ne
« doit pas faire obstacle à la formation d'une société
« commerciale entre époux (1) ».

Ainsi, les seuls arguments invoqués par la jurisprudence ne font pas obstacle à la formation d'une société entre époux. Celle-ci peut se concilier avec le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, avec l'interdiction de la vente, avec l'art. 5 C. com. qui répute préposée la femme, assistant son mari, commerçant.

Si les principes généraux ne s'opposent pas à la formation d'une société entre époux, il n'en est peut-être pas de même des principes particuliers à chaque régime. Nous avons constaté que la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales n'entravait pas le contrat de société, passé entre le mari et la femme ; — s'ensuit-il que les sociétés entre époux seront toujours et nécessairement valables ?

(1) Delsol, *Revue pratique*, 1836, 1, p. 438.

Nous avons dit que le régime adopté par les époux devait être considéré comme une charte obligatoire, conditionnant leur vie juridique.

Le problème est désormais de savoir si la société entre époux, qui peut se concilier avec le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, se conciliera encore avec les règles particulières à chaque régime.

Ici deux théories se font jour ; l'une, celle de la généralité de la doctrine, qui valide la société quel que soit le régime adopté par les époux ; l'autre, que nous défendrons, suivant laquelle la société n'est licite que si les époux sont mariés sous un régime de séparation totale ou partielle (séparation de biens ou régime dotal, quant aux paraphernaux).

Il y a donc accord entre les deux opinions en ce qui concerne les régimes de séparation. La différence éclate seulement, lorsqu'il s'agit des régimes de communauté ou sans communauté.

Commençons par l'étude la plus simple, puisque nous la poursuivrons, d'accord avec la majorité des auteurs, des sociétés entre époux sous les régimes de séparation.

Nous viendrons ensuite à la question plus délicate de la validité de ces mêmes sociétés, sous les régimes de communauté ou sans communauté.

Les époux ont, par hypothèse, adopté le régime de séparation de biens ou le régime dotal avec clause de paraphernalité.

La femme possède un patrimoine dont elle est propriétaire, dont la loi lui confie l'administration et la jouissance. Elle se trouve, en face de son mari, dans la situation où il se trouve lui-même quant à ses biens personnels. La femme agira d'ailleurs avec son mari comme elle ferait avec un étranger. Disposant librement de ses biens, elle en fera l'apport à son mari co-associé au même titre qu'à un tiers.

Troplong (1) montre comment, pratiquement, la société s'établira.

« Qu'un mari ait un grand commerce de banque
« et que sa femme lui confie, à titre de commandite,
« des sommes paraphernales, je crois que cette
« convention n'est pas prohibée et qu'il y faut avoir
« égard si elle est sérieuse : qu'un mari qui a des
« capitaux se réunisse à sa femme qui a des deniers
« paraphernaux pour acheter en commun un
« immeuble, c'est ce que je considère comme tout
« à fait permis. »

Le pouvoir d'administrer les paraphernaux n'est pas, d'une manière absolue, immobilisé entre les mains de la femme : elle pourra confier à son mari la gestion des biens mis en société.

En effet, aux termes de l'art. 1577, « si la femme
« donne sa procuration au mari pour administrer ses
« biens paraphernaux avec charge de lui rendre

(1) Troplong. *Contrat de mariage*, I, n° 209.

« compte des fruits, il sera tenu vis-à-vis d'elle
« comme tout mandataire. »

La femme peut donc donner à son mari le mandat exprès de gérer ses paraphernaux.

Les articles 1539 et 1578 prévoient le cas où le mandat donné par la femme est tacite.

« Si le mari a joui des biens paraphernaux de sa
« femme, sans mandat, et néanmoins sans oppo-
« sition de sa part, il n'est tenu à la dissolution du
« mariage ou à la première demande de la femme,
« qu'à la représentation des fruits existants et il
« n'est point comptable de ceux qui ont été con-
« sommés jusqu'alors. »

La loi envisage ainsi l'hypothèse où, lasse de gérer ses biens personnels, la femme en confie l'administration au mari, l'admet et réglemente les obligations qui incombent à ce dernier.

Au même titre on affirmera la légalité de la clause des statuts qui confiera au mari l'administration des biens de sa femme, mis en société, du plein consentement de celle-ci.

Puisque la femme peut donner à son mari une procuration aussi large, comment ne pas lui reconnaître le droit de faire avec lui un acte de société. Le mari retombe dans le droit commun en ce qui concerne les biens paraphernaux et la fortune de la femme séparée.

Poursuivant l'assimilation du mari gérant à un

mandataire, nous dirons qu'il sera tenu, à l'époque convenue, de rendre compte dans les termes et dans les limites de son mandat.

Si l'on conçoit le mari devenu gérant de l'entreprise, on ne saurait admettre que ce rôle soit dévolu à la femme. Nous arrivons ici à une seconde question : *dans quelles conditions une société entre époux devra-t-elle être établie pour ne pas déroger aux droits du mari comme chef ?*

La loi prévoit (art. 1539, 1577 et 1578 C. civ.) le mandat d'administrer ses paraphernaux donné par la femme au mari ; rien de plus juridique, la situation normale est en effet la suivante : le mari administrant les biens de la femme comme les siens propres. S'il en est autrement sous le régime de la séparation de biens et sous le régime dotal, quant aux paraphernaux, c'est pour permettre à la femme de protéger ses biens contre la mauvaise administration du mari ; c'est une mesure de faveur aussi exceptionnelle que la possibilité qui lui est accordée, sous le régime dotal, de rendre certains de ses biens inaliénables.

Mais n'oublions pas que le régime légal, c'est-à-dire le régime idéal, aux yeux du législateur, est la communauté ; toute stipulation qui rapprochera les régimes de séparation de celui qui réunit, entre les mains du mari, l'administration de l'ensemble des biens, sera favorisée par le législateur. Ainsi s'ex-

pliquent les art. 1539, 1577 et 1578 C. civ., autorisant le mari mandataire à administrer les biens paraphernaux de sa femme.

Par les mêmes motifs, on refusera à la femme le droit d'accepter de son mari un pareil mandat : le mari ne pourra charger sa femme d'administrer ses biens personnels et puisqu'il s'agit de sociétés, il ne pourra lui confier la gérance du fonds social.

En premier lieu, le Code qui parle expressément du mandat, confié par la femme séparée au mari, ne prévoit pas la situation inverse.

De plus, le mandat donné par la femme séparée au mari, rapproche le régime de leurs biens de la communauté, par là même est favorisé par le législateur, tandis que la situation contraire — la femme mandataire de son mari — l'écarterait davantage de la normale.

En accordant à la femme l'administration et la jouissance de ses paraphernaux, le législateur lui accorde, sous les régimes dotaux et de séparation, un maximum de liberté et de pouvoir qui ne saurait être dépassé par les conventions particulières.

On ne pourra donc analyser, en un mandat, la gérance de la société confiée par le mari à la femme, c'est dire que celle-ci ne sera jamais admise à la direction des affaires sociales sans que la société soit aussitôt atteinte de nullité.

La puissance maritale s'exerce avec trop d'absolutisme dans l'association conjugale, pour qu'il soit permis de renverser les rôles : si la femme gérait l'entreprise, le mari, simple associé, se trouverait dans un état de soumission que les arrêts taxeraient à juste titre d'illégal.

Mais nous n'allons pas plus loin et avec la jurisprudence, nous ne refusons pas à la femme le droit de demander des comptes à son mari, de plein droit gérant de la société.

« La jurisprudence commet un véritable anachronisme, dans sa prétention de nous ramener à la conception médiévale du mari, seigneur et maître de la communauté, disposant à son gré du produit même du travail et de l'activité personnelle de la femme, alors que tout l'effort du législateur moderne tend précisément à ramener les droits du mari à des limites plus acceptables, voire même à conférer à la femme mariée la libre disposition de son salaire et de ses gains personnels. » (1).

La femme, éloignée par la loi de la direction des affaires, sera munie d'un droit de contrôle parfaitement compatible avec son état de soumission.

Nous sommes très affirmatifs : le Code, en effet, nous fournit un précédent, en autorisant la femme à

(1) Thaller et Pic, *Traité des sociétés*, n° 440,

exercer l'action en séparation de biens lorsque le mari aura mis la dot en péril.

« On ne distingue pas à première vue comment
« la femme qui est recevable à demander sa sépara-
« tion en cas de péril couru par la dot, contrevien-
« drait davantage à la puissance maritale, et au rôle
« qui lui est fait dans le ménage en demandant
« compte à son mari d'une administration de société
« conclue entre eux deux. » (1).

Il y a là une analogie qui mérite d'être développée.

Demander la séparation de biens pour une femme, c'est d'abord constater que son mari est un mauvais administrateur et par là même exercer un droit de contrôle et le plus énergique, — c'est ensuite lui réclamer sa dot mise en péril comme l'associé exige du gérant qu'il rende ses comptes, — c'est demander que les pouvoirs du mari sur la fortune de la femme lui soient retirés, comme l'associé réclame la révocation du gérant, — c'est enfin demander la liquidation de la situation pécuniaire des époux, comme l'associé demande la dissolution de la société.

Forts de cette analogie, nous n'hésitons pas à confier à la femme associée le droit de contrôler les actes du mari co-associé, d'exiger sa révocation s'il est gérant, de demander la dissolution de la société, si son apport est mis en péril.

(1) Thaller, *Traité élémentaire de Droit commercial*, n° 348,

Une société entre époux, mariés sous un régime de séparation totale ou partielle (séparation de biens, régime dotal), réunissant une part des paraphernaux de la femme aux biens personnels du mari, confiant la gérance à celui-ci, pourra donc valablement poursuivre son existence sans modifier les conventions matrimoniales, sans déroger aux droits du mari comme chef.

Jusqu'ici nous avons développé une opinion qui nous est commune avec la plupart des auteurs (2).

(1) Ajoutons que la femme pourra toujours, et sous quelque régime que ce soit, former une société avec son mari et y faire entrer le montant de ses *salaires*.

L'art. 1^{er} de la loi du 13 juillet 1907 lui donne, en effet, sous tous les régimes et à peine de nullité de toute clause contraire portée au contrat de mariage, sur les produits de son travail personnel et les économies en provenant, les droits d'administration que l'art. 1449 C. c. accorde à la femme séparée de biens. Cette disposition établit, sous tous les régimes, une véritable catégorie de paraphernaux : nous autorisons la femme à former avec son mari une société à l'aide de ses paraphernaux : par là même nous l'admettons à le faire au moyen de ses salaires.

(2) I. Auteurs se prononçant pour la nullité :

Troplong, *Contrat de mariage*, t. I, n° 210 ; Massé, t. II, 1267 ; Bravard et Demangeat, t. I, p. 133 ; Paris, *Le Droit commercial français*, n° 432 *ter* ; Aubry et Rau, V, § 503 *bis*, n° 14 ; Dict. de Couder, *Femme*, n° 54 ; Vavasseur, t. I, n° 48 ; Guillouard, *Contrat de mariage*, t. I, n° 229, *Société*, n° 35 ; Camberlin, *De l'illégalité des sociétés commerciales entre mari et femme* ; Armand Bonnet, *Des dispositions par contrat de mariage et des dispositions entre époux*, t. III, n° 1106 ; Lance, *Essai sur les contrats à titre onéreux entre époux*, p. 113 et s.

II. Auteurs se prononçant pour la validité des sociétés entre époux séparés de biens, formées sans fraude :

Mais si nous abordons le problème de la validité des sociétés entre époux sous les régimes de communauté et sans communauté, la divergence annoncée plus haut, apparaît entre la théorie professée par la doctrine et celle que nous avançons.

Les auteurs déclarent valables les sociétés, formées entre époux, mariés sous les régimes de communauté ou sans communauté, tandis que nous nous refusons à le faire.

Le contrat de mariage établit des règles obligatoires, plus ou moins sévères, suivant le régime adopté. Il conditionne tous les actes juridiques que passent les époux, autorisant les uns, prohibant les autres, suivant qu'ils s'adaptent aux grandes lignes des conventions matrimoniales ou les déforment.

D'accord avec la doctrine, nous avons constaté que la constitution d'une société entre époux ne

Delvincourt, III, p. 230 ; Duranton, XVII, n° 347 ; Molinier, n° 117 ; Alauzet, I, n° 132.

III. Auteurs se prononçant pour la validité des sociétés entre époux, même sous le régime de communauté à moins qu'il ne résulte des circonstances de la cause que les parties ont entendu modifier leurs conventions matrimoniales ou déguiser, sous les apparences d'un partage de bénéfices, les libéralités excessives faites par un époux veuf avec enfants au profit de l'autre époux, en violation des articles 1529-1840 :

Delsol, *Revue pratique*, I, p. 433 ; Pont, I, n°s 35 et s. ; Planiol, *Revue critique*, 1888, p. 275 et s. ; Boistel, n° 102 ; Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 78 ; Laurent, t. XXVI, n° 140 ; Labbé, Dissertation sous req., 6 fév. 1888 ; Thaller et Pic, *Traité des sociétés*, n°s 407 et s. ; Thaller, *Traité élémentaire de Droit commercial*, n°s 346 et suiv.

froissait en aucun point les principes des régimes de séparation.

En sera-t-il de même sous les régimes de communauté ou sans communauté ?

Les auteurs répondent par l'affirmative, tandis que nous entendons soutenir la négative.

Les sociétés entre époux ne sauraient être admises sous le régime de communauté.

En effet, ce n'est pas un paradoxe d'avancer que la communauté est le régime qui comporte les règles à la fois les plus nombreuses et les plus sévères. Créé par le législateur pour servir de régime de droit commun, il est fait de principes aussi étroits qu'impératifs. Il ne laisse à l'initiative individuelle qu'un minimum de liberté, au contraire de la séparation de biens.

Aussi est-on de suite frappé par la difficulté qu'il y aurait à former une société pour deux époux mariés sous un régime dont les rouages sont si compliqués et si délicats.

L'organisation des régimes de séparation est singulièrement plus large. Le Code n'a pas multiplié pour eux les prescriptions de détail comme il l'a fait pour la communauté ; dans ces conditions, on conçoit qu'une société puisse fonctionner entre époux séparés sans entraver le libre jeu de leurs conventions matrimoniales, tandis que ce même contrat semble impossible entre époux communs en biens,

Poursuivant plus avant notre étude, nous constatons qu'il est de l'essence même de la communauté qu'il y ait un patrimoine commun. Ce qui est impératif sous ce régime, c'est précisément la répartition des biens en propres et communs, c'est l'existence de cette masse de biens soumise à l'administration du mari.

Or, pour constituer le fonds social, il faudra de toute nécessité, s'il n'y a pas de propres, distraire du patrimoine commun, certains biens ou l'industrie des époux elle-même qui en fait partie. Mais dès que l'on touche à ce patrimoine commun, qui représente l'élément primordial du régime, on déforme ce régime lui-même. Que serait une communauté qui ne comporterait pas une masse de biens communs ou qui la comporterait démembrée ?

On nous répond que la femme, autorisée de son mari, peut s'associer avec un étranger, que pour entrer en société avec son mari, elle n'aura pas à démembrer la masse commune, les biens sociaux revenant se fondre, lors de la dissolution de la société, dans l'actif commun.

Cela ne paraît guère probant : les biens mis en société quitteront le patrimoine commun pour entrer dans le fonds social et vivre d'une vie indépendante. Ils seront conditionnés par les statuts, et non plus par le contrat de mariage. En un mot, il y aura deux catégories de biens, ceux qui seront

restés en communauté : ils continueront d'être conditionnés par le régime, ceux qui seront affectés à l'entreprise sociale ; désormais les règles sociales leurs seront seules applicables.

On affirme qu'ils reviendront tôt ou tard dans l'actif commun qui, de cette manière, n'aura jamais été diminué.

Il est fort possible que les affaires de la société deviennent mauvaises : les créanciers sociaux, dont ils sont le gage, exerceront sur eux leur privilège et le patrimoine commun restera définitivement démembré.

L'administration des biens communs est prévue et réglée par le Code avec tant de soin qu'elle ne laisse place pour aucun autre mode de gestion ; nous ne voyons pas comment on pourra concilier les principes de cette administration avec ceux de la gérance d'une société.

Mais, disent nos adversaires, il faut distinguer : les biens sociaux, n'étant ni communs ni propres, forment, grâce à la personnalité des sociétés de commerce, un patrimoine distinct de celui des associés pouvant être administré autrement que les biens de la communauté ou les propres.

C'est précisément là ce que nous contestons : on ne peut, sans violer le contrat de mariage, prendre les biens propres ou communs, les consacrer biens sociaux et dès qu'ils sont ainsi qualifiés, leur

donner une direction différente de celle imprimée aux biens de la communauté ; malgré leur affectation nouvelle et l'étiquette qui les spécialise, ils resteront biens propres ou communs, c'est-à-dire soumis à l'administration telle qu'elle a été réglée par le Code au chapitre de la communauté.

En ce qui concerne le partage et la liquidation de la société et de la communauté, la difficulté est plus grande encore. Les règles de ces opérations sont impératives dans l'un et l'autre domaine. Comment les concilier ?

Fidèles à leur méthode, les auteurs affirment qu'il y a deux patrimoines distincts, celui de la communauté, et celui de la société. Ils en concluent que les règles du partage et de la liquidation de l'une et de l'autre ne se rencontreront pas, qu'il n'y a pas de conciliation à chercher entre elles, puisqu'elles s'appliquent à deux masses de biens distinctes.

Ce mode de raisonnement ne nous paraît pas admissible : nous demandons comment concilier les principes des sociétés avec ceux du régime légal ? on nous répond : il n'y a pas de conciliation à chercher entre des principes qui ne se rencontrent pas puisqu'ils s'appliquent dans des domaines différents. On nous invite à concevoir une masse de biens se détachant de la communauté pour vivre d'une vie indépendante, où les époux, dépouillés

des droits et des charges qu'ils tiennent du contrat de mariage, devront être regardés l'un vis-à-vis de l'autre comme des étrangers.

Mais on n'explique pas juridiquement ce dédoublement de personnes tour à tour époux et associés, changeant à ce point de caractère qu'ils en deviennent méconnaissables. Pour étayer une thèse aussi hardie, il faudrait donner des arguments, tandis qu'on se borne à défigurer le régime de communauté, en affirmant qu'on le respecte.

La doctrine semble oublier qu'elle se trouve en face d'époux communs en biens et croire qu'elle est en présence d'un régime de séparation.

Sous la séparation de biens, en effet, ou sous le régime dotal avec clause de paraphernalité, la femme, pour mettre des biens en société, n'aura pas à les distraire d'un patrimoine commun ou des propres soumis à l'administration du mari.

Dans cette dernière espèce, on se trouvera véritablement en face de deux domaines distincts, réglés différemment par les statuts et le contrat de mariage ; le mari et la femme, administrateurs indépendants de leurs biens personnels comme nous l'avons vu, les mettront valablement en société ; on sera donc bien fondé à soutenir que les principes du régime et ceux de la société ne se rencontreront, ni ne se heurteront, qu'il n'y a pas de conciliation à chercher entre eux.

Mais il faut réserver ce raisonnement à la séparation de biens, et ne pas l'étendre, comme les auteurs ont voulu le faire, au régime de communauté.

Ajoutons, comme dernier argument contre la validité des sociétés entre époux sous le régime de communauté, que le législateur, organisant le régime légal, s'est préoccupé de protéger la femme, en face des pouvoirs si étendus du mari. Il a écarté de celle-ci toute responsabilité, à raison des dettes contractées par son mari.

Que devient cette sauvegarde de la femme, si elle contracte une société avec son mari. Celui-ci est nommé gérant : il dirige l'entreprise, il engage tout le patrimoine social qui comprend, par hypothèse, une part des biens de la femme. Celle-ci est donc obligée sur une part plus ou moins considérable de ses biens par le fait de son mari, contrairement à l'esprit et à la lettre du Code.

Cette dernière - considération nous conduit à affirmer définitivement la nullité d'une société formée entre époux mariés sous le régime légal.

Nous avons passé sous silence le cas où les époux associés seraient mariés sous le régime sans communauté : nous pensons en effet que l'argumentation développée ici s'applique aussi bien au régime légal qu'au régime sans communauté ; celui-ci comporte une masse de biens propres, groupés sous

l'administration du mari. Cette unité de gestion s'oppose à toute affectation spéciale d'une partie de ces biens à une entreprise sociale.

En résumé, nous n'admettons pas la théorie de la jurisprudence, puisque nous validons les sociétés entre époux sous les régimes de séparation totale ou partielle (séparation de biens, régime dotal quant aux paraphernaux) et nous nous écartons de l'opinion de la doctrine, pour annuler ces mêmes sociétés sous les régimes de communauté ou sans communauté.

CHAPITRE III

DE LA NULLITÉ ET DU MÔDE DE LIQUIDATION DES SOCIÉTÉS ENTRE ÉPOUX.

La jurisprudence annule toute société entre époux : moins absolus, nous admettons celles qui sont contractées entre conjoints mariés sous un régime de séparation de biens totale ou partielle (séparation de biens, régime dotal avec paraphernaux) à condition toutefois que la gérance ne soit pas confiée à la femme.

Quelle sera la nature de cette nullité qui atteint, suivant les uns, toute société entre époux, sans distinction, qui frappe seulement, suivant les autres, les sociétés contractées entre conjoints mariés sous les régimes de communauté ou sans communauté ?

Sur quelles bases liquidera-t-on ces sociétés ?

I. — Le caractère d'une nullité est en raison directe des causes qui l'entraînent. Fondée sur une incapacité, la nullité est une mesure de protection pour une personne déterminée : dès lors elle est relative : l'acte ne pourra être attaqué que par la personne protégée ; la nullité se couvrira par une ratification, s'éteindra par la prescription décennale.

On pourrait concevoir que la nullité des sociétés entre époux fût basée sur l'incapacité de la femme mariée, constituant un mode de protection de sa personne et de ses biens. La nullité relative ne serait invoquée valablement que par la femme : elle n'en userait que si les affaires de la société tournaient mal. La prescription décennale commencerait à courir du jour de la dissolution du mariage et la nullité serait alors susceptible de se couvrir par la ratification de la femme.

Le principe de la rétroactivité l'autoriserait à opposer, aux créanciers sociaux, cette nullité, c'est-à-dire à reprendre les biens mis par elle en société, libres de toutes dettes.

La nullité de la société laisserait d'ailleurs le mari tenu envers les créanciers sociaux par les mêmes liens de droit, responsable de toutes les dettes.

« Entendue ainsi, la nullité de la société entre
« époux prendrait sa place à côté des nombreux
« moyens de jurisprudence prétorienne qui ont été
« imaginés pour sauvegarder les apports de la
« femme. Ce serait, comme l'inaliénabilité de la
« dot mobilière, une thèse colorée d'arguments sco-
« lastiques dirigée vers un but moral : la préser-
« vation d'une catégorie de ressources dans l'intérêt
« du ménage ».

(1) Thaller, *Traité de Droit commercial*, n° 349.

Mais les magistrats, pas plus que les auteurs, lorsqu'ils annulent les sociétés entre époux, ne semblent avoir de but moral, et leurs décisions se motivent uniquement d'arguments juridiques :

L'immutabilité des conventions matrimoniales a été violé, art. 1395 C. civ. ; il a été dérogé aux droits du mari comme chef, art. 1388 C. civ. ; le contrat de société cache des donations mutuelles et réciproques entre époux, insérées dans un seul et même acte, difficilement révocables ; la femme, pour être commerçante, doit exercer un commerce séparé de celui de son mari, art. 220 C. civ., 5 C. com.

L'ordre public est incontestablement intéressé au respect de ces principes. « Remarquons, écrivent
« MM. Thaller et Pic, qu'il s'agit ici d'une nullité
« qui, sans être fondée sur une cause illicite, n'en
« est pas moins d'ordre public : attendu que ce
« n'est pas seulement dans l'intérêt des époux, mais
« aussi dans l'intérêt des tiers que la loi a posé le
« principe de l'immutabilité des conventions matri-
« moniales et que l'on peut invoquer des arguments
« d'intérêt général en faveur de l'interdiction de
« toute libéralité irrévocable entre époux (1) ».

Tout contrat qui viole un principe d'ordre public est nul de plein droit : les juges n'auront pas

(1) Thaller et Pic, *Des sociétés commerciales*, t. I, n° 412.

à prononcer cette nullité, ils se borneront à la constater : c'est ce qu'ils font dès qu'ils rencontrent une société entre époux.

« Attendu. dit la Cour de cassation, le 24 mars 1870, D., 72, 2, 43, qu'une société formée entre le mari et la femme doit être déclarée radi-calement nulle.

« Attendu que ce fait (la femme avait reconnu sa qualité d'associée dans des procurations), fût-il constant, la femme n'en est pas moins fondée à invoquer une nullité, qui est d'ordre public, puis-que qu'elle se rattache à l'essence et à l'irrévocabilité des conventions matrimoniales auxquelles la femme n'a pu renoncer et sur lesquelles elle n'a pu ni compromettre ni transiger (1).

« Attendu que la doctrine et la jurisprudence prononcent la nullité absolue des sociétés entre époux dont l'admission aurait pour effet de mettre en péril l'autorité maritale et les conventions matrimoniales (2) ».

M. Labbé donne l'opinion de la doctrine : « La nullité d'une société en nom collectif entre époux doit être qualifiée d'ordre public, elle est en effet destinée à assurer le respect d'articles impératifs » (3).

(1) Aff. Belhomme, Paris, 14 avr. 1856, D., 56, 2, 231.

(2) Nîmes, 24 avr. 1900, D., 1900, 2, 4.

(3) Note de Labbé, 6 févr. 1888, S., 90, 1, 49.

La nullité des sociétés entre époux, basée sur des motifs d'ordre public, est une nullité absolue.

Toute personne intéressée, c'est-à-dire dans l'espèce, la femme et le mari, les tiers associés, s'il y en a, les créanciers personnels des associés comme les créanciers sociaux, pourront l'invoquer.

Toute confirmation devra être inopérante. Cependant ne peut-on pas concevoir que la cause de la nullité, le mariage entre associés, ayant disparu, le contrat soit validé par une ratification.

Un arrêt du 6 février 1888 (1) en fournit le curieux exemple :

« Attendu que le pourvoi soutient que les sociétés
« en nom collectif, constituées par les actes de 1869
« et 1870, sont nulles parce qu'elles ont été formées
« entre chacun des époux Arnaud Veissière, mariés
« sous le régime de la communauté légale et des
« tiers ; que cette nullité réagit sur les autres
« sociétés auxquelles elles servent de base...

« Attendu que tous les actes ont été approuvés,
« ratifiés, exécutés par les parties, qu'ils sont donc
« inattaquables ;

« Attendu que vainement le pourvoi objecte que
« les nullités invoquées par lui sont des nullités
« d'ordre public ;

« Qu'en admettant qu'elles aient ce caractère,

(1) S., 90, 1, 49.

« elles n'en ont pas moins été couvertes par la ratification et la complète exécution constatées par l'arrêt, cette ratification et cette exécution ayant eu lieu après le décès d'Arnaud Veissière, c'est-à-dire à une époque où les motifs d'ordre public étaient hors de cause et où il ne s'agissait entre les parties que d'intérêts privés à régler. »

Ainsi la Cour suprême valide la ratification d'un contrat frappé d'une nullité d'ordre public, lorsque les motifs de cette nullité ont disparu.

Cette solution est plus logique et plus conforme à l'esprit de la loi qu'elle ne le paraît au premier abord.

La cause de la nullité, c'est la qualité d'époux existant chez deux associés. Elle disparaîtra avec la dissolution du mariage, par la mort de l'un d'eux, voire même par le divorce.

Si la société cesse, par là même, les héritiers ou le conjoint divorcé, maîtres de leurs droits, renonceront valablement à invoquer la nullité ; ils accepteront que la société soit liquidée conformément aux statuts. Si la société subsiste, malgré la dissolution du mariage, les héritiers seront en droit de déclarer la société dissoute et d'en constituer une nouvelle avec l'époux survivant, et les tiers associés s'il y en a, sur des bases identiques à la première. Il en sera de même entre conjoints divorcés.

Comment dès lors ne pas les autoriser à continuer

l'ancienne société sans qu'il soit besoin de recourir à la double formalité d'une liquidation toujours dangereuse, et d'une constitution toujours aléatoire ?

Le résultat sera le même, la manière d'y parvenir différera seule : les affaires ne seront pas interrompues par une liquidation longue et compliquée ; ce sont bien ces motifs d'ordre économique qui ont entraîné la Cour de cassation ; il s'agissait dans l'espèce d'une véritable industrie de famille poursuivie par plusieurs générations, de sociétés greffées les unes sur les autres, dont la dissolution aurait conduit à des difficultés inextricables.

Des raisons d'ordre juridique viennent aussi appuyer cette thèse.

Lorsqu'un vice peut être modifié ou disparaître avec le temps, la nullité d'ordre public elle-même, devient plus souple et ne frappe pas le contrat d'une tare indélébile.

Le jour où le vice aura disparu, le contrat sera valablement confirmé. Le Code donne plusieurs arguments à notre opinion soutenue d'ailleurs par M. Labbé.

Nous lisons dans l'art. 185 Code civ. :

« Néanmoins le mariage contracté par des époux
« qui n'avaient point encore l'âge requis ou dont l'un
« des deux n'avait point atteint cet âge, ne peut
« plus être attaqué : 1° lorsqu'il s'est écoulé 6 mois

« depuis que cet époux a atteint l'âge compétent ;
« 2° lorsque la femme, qui n'avait point cet âge, a
« conçu avant l'échéance des six mois. »

Plus loin, tandis que l'art. 1339 exige que la donation, nulle en la forme, soit refaite pour être valable dans la forme légale, l'art. 1340 admet que cette nullité puisse être éteinte par la ratification émanée des héritiers du donateur.

C'est qu'en effet, dans ces deux cas, les motifs d'ordre public qui avaient fait prononcer la nullité, ont disparu : les époux sont arrivés à la puberté ; on ne saurait redouter que les héritiers cèdent à un entraînement irréfléchi pour le donataire.

De même le mariage étant dissous, le vice inhérent à la société entre époux disparaîtra.

L'ordre public n'est plus intéressé : il n'y a plus à craindre ni modifications aux conventions matrimoniales, désormais sans effet, ni dérogation aux droits du mari, sans exercice possible, ni déguisement d'une donation, violant des textes sans application.

La ratification du contrat de société interviendra valablement après la dissolution du mariage entre les parties pleinement capables et maîtresses de leurs droits.

Nous hésitons à avancer que la *prescription* pourra courir après la dissolution du mariage. Il n'y a d'analogie à déduire d'aucun texte. Quel délai impartir à cette prescription ?

Une confirmation expresse nous semble ici s'imposer pour valider l'acte de société.

Nous arrivons à la question très délicate que soulève *l'effet rétroactif* de la nullité de la société entre époux.

En droit pur, il faudrait raisonner de la manière suivante :

Toutes les conséquences que l'acte nul de nullité absolue, a produites dans le passé, devront être rétroactivement anéanties et les choses seront remises dans l'état où elles se trouvaient, lorsque cet acte a été passé. La société n'existe plus, elle n'existera pas dans l'avenir, elle n'a jamais existé. Cette personne morale n'a jamais vu le jour, aucun patrimoine social ne s'est formé, nul rapport de droit ne s'est créé entre lui et d'autres personnes juridiques.

La constitution de cette société n'a influencé, en aucune manière, la situation juridique de ses membres.

La société déclarée nulle n'a jamais existé : nul besoin par conséquent de la liquider, de dénouer des liens de droit inexistants, de partager un patrimoine social imaginaire entre les associés ou ceux qui se disent tels.

Si en théorie on déduit aisément de telles conséquences du caractère absolu de la nullité des sociétés entre époux, on conçoit difficilement leur application en pratique, dans le domaine des faits. La

notion de rétroactivité est une fiction qui s'applique malaisément à la réalité.

La nullité frappe une société fonctionnant, — ce sera le cas le plus fréquent, — depuis un temps plus ou moins long : des apports auront été effectués, des profits réalisés, des engagements souscrits, des liens de droit noués entre les associés et des tiers.

« Quoi qu'on fasse, dit M. Thaller, on sera en présence de marchés non annulés en eux-mêmes, qui ont produit des résultats. » (1).

Il y aura des bénéfices à partager, le gérant ne pourra les garder dans sa caisse, sans qu'il s'enrichisse aux dépens d'autrui. Si les dettes sociales ont été payées par lui, on ne peut le priver de son recours.

Comment la jurisprudence résout-elle le problème ? Comment concilie-t-elle les principes du droit avec les réalités de la vie ?

La jurisprudence a quelque peu tâtonné avant d'arriver à une formule définitive et nous voudrions essayer de retracer l'évolution qu'elle a suivi, partant de l'application du droit strict pour arriver à la solution d'équité.

Les premiers arrêts que nous rencontrons ne veulent pas entendre parler de liquidation et refusent

(1) Thaller, *Traité de Droit commercial*, n° 365.

à l'époux la faculté de réclamer à son conjoint une part quelconque des bénéfices réalisés au cours de la société.

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris, du 9 mars 1859 (D., 1860, 2, 13), confirmé par arrêt de la Chambre des requêtes du 7 février 1860 (D., 1860, 1, 115), déclare que la nullité de l'acte de société entraîne la nullité de la liquidation notariée et infirme le jugement du tribunal de la Seine qui allouait 25,000 fr. au mari à titre d'indemnité pour le concours qu'il avait apporté dans l'exploitation de sa femme.

Un arrêt de la Cour de Paris du 10 décembre 1896, (D., 97, 2, 125), n'admet pas davantage la liquidation d'une société entre époux :

Le sieur Allain et sa femme, mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, ont formé avec le sieur Duhommet une société, ayant pour objet la mise en valeur, l'exploitation et la revente de certains immeubles : les époux Allain, dans l'acte de société, ont déclaré apporter divers immeubles, dépendant de la communauté existant entre eux.

La société est annulée, en vertu des articles 1388 et 1395 et la Cour décide « que les immeubles, « apportés par la communauté, ne sauraient être « considérés comme ayant cessé de dépendre de la « communauté et sont demeurés grevés de l'hypo- « thèque légale de la femme ».

Un arrêt de la Cour de cassation du 23 avril 1902 (1), confirmant un arrêt de la Cour de Nîmes du 24 avril 1900, (2) statue dans le même sens :

La veuve Zagrodzki, qui s'occupait de la vente de toiles, a formé une société avec son second mari, le sieur Dumas et un tiers le sieur Noirot pour l'exploitation de son commerce.

Les mineurs Zagrodzki, enfants du 1^{er} mariage de ladite dame, ont une hypothèque légale sur les biens du second mari co-tuteur.

La société s'est rendue adjudicataire d'une part de mines, immeuble sur lequel les mineurs prétendent exercer leur hypothèque.

« Attendu que la doctrine et la jurisprudence
« prononcent la nullité absolue de toute société
« entre époux ;

« Attendu que cette nullité d'ordre public a pour
« effet, dans l'espèce, de substituer à l'entité
« Zagrodzki, Dumas, Noirot, des individualités
« devenues privativement propriétaires d'une portion
« du capital social ;

« Que ce principe ne peut recevoir aucune
« atteinte et permettre de remplacer par une société
« de fait ou consortium, une association qui ne
« pouvait légalement exister et que nulle de plein
« droit par la présence de la dame, la société n'a pu

(1) D., 1902, 1, 309.

(2) D., 1901, 2, 4.

« se continuer avec deux associés seulement et pro-
« duire aucun effet, parce qu'elle était inexistante
« dès son origine et ne pouvait vivre même avec la
« volonté des parties ;

« Attendu, en conséquence, que l'acquisition de
« l'immeuble dont il s'agit, n'a pas été faite par un
« être de raison qui n'avait et ne pouvait avoir
« d'existence légale, mais qu'elle est devenue priva-
« tivement la propriété indivise des trois personnes
« comparant dans l'acte qui a servi à son acquisition. »

Par ces motifs, valide l'hypothèque légale des mineurs en tant qu'elle porte sur la part indivise de Dumas. »

Et la Cour de cassation, empruntant les arguments de cet arrêt, en adopte les conclusions.

Ainsi, la société nulle n'a jamais existé. Le patrimoine social ne s'est jamais constitué et les biens, affectés à l'entreprise, sont restés dans l'indivision entre les associés. Les choses sont remises dans l'état où elles se trouvaient, avant la constitution de la société, le principe de la rétroactivité est respecté.

Un second groupe d'arrêts annule la société, met la femme hors de cause et déclare le mari et le tiers associé, s'il y en a un, seuls responsables des dettes sociales.

« Attendu que les époux Belhomme, dit un arrêt
« de la Cour de Paris, rendu le 14 avril 1856 (1),

(1) D., 1856, 2, 231.

« étaient mariés sous le régime de communauté ;
« qu'il résulte des dispositions légales régissant les
« sociétés et la communauté conjugale, qu'il y a
« incompatibilité entre l'une et l'autre ;

« Attendu qu'il est de l'essence du contrat de
« mariage que le mari a seul l'administration pleine
« et entière des biens de la communauté ;

« Attendu que, dans ces conditions, l'autorité
« du chef de la société conjugale se trouverait
« amoindrie ;

« Que M^{me} Belhomme est fondée à invoquer
« une nullité qui est d'ordre public, puisqu'elle se
« rattache à l'essence et à l'irrévocabilité des con-
« ventions matrimoniales ;

« Que la femme Belhomme, n'étant pas associée
« de son mari, il en résulte que les sentences ont
« prononcé à tort contre elle des condamnations
« dont elle n'était pas tenue ;

« Par ces motifs, infirme tant le jugement du
« tribunal de commerce que la sentence des arbitres,
« déboute Ch. Belhomme de la demande formée par
« lui contre M^{me} Belhomme, comme associée de
« son mari ».

Dans le même sens, voir un arrêt de la Cour de cassation du 19 janvier 1881, D., 82, 1, 63.

M^{me} Loiseau n'exerçait pas un commerce distinct de celui de son mari : elle avait été associée par lui aux opérations s'y rattachant et y participait autre-

ment qu'en détaillant les marchandises, faisant l'objet du négoce.

« Attendu, dit l'arrêt de la Cour suprême, que la
« femme ne peut être considérée comme commer-
« çante, ni dès lors être condamnée solidairement
« avec son mari au paiement des dettes contractées
« pour le commerce ».

La Cour de Paris arrive à des conclusions plus précises et met plus énergiquement encore la femme hors de cause, lorsqu'elle déclare, le 24 mars 1870 (1), que la faillite d'une société en nom collectif, illégalement formée entre époux s'appliquera au mari seul.

La Cour de cassation, le 27 janvier 1875 (2), se prononce dans le même sens.

Il est curieux de noter que ces décisions conduisent au résultat même préconisé par M. Thaller : la société nulle à l'égard de la femme reste valable vis-à-vis du mari : la faillite s'appliquera au mari seul et la femme reprendra son apport franc et quitte de toutes charges, à l'encontre des créanciers sociaux.

Mais, tandis que le caractère tout relatif de la nullité s'explique lorsque, avec M. Thaller, on l'envisage comme un mode de protection de la femme,

(1) D., 1872, 2, 43.

(2) D., 1875, 1, 297.

il ne se comprend plus, si l'on en voit la cause dans la violation d'un texte d'ordre général, que ce soit l'art. 1388 et l'art. 1395, comme dans l'un des arrêts, l'art. 220 C. civ. et l'art. 5 C. comm., comme dans les autres.

Aussi, des décisions isolées témoignent-elles seules d'une manière de raisonner qui nous apparaît dépourvue de logique.

Deux arrêts, l'un du 23 novembre 1812 (1), l'autre du 5 mai 1857 (2), proposent de toutes autres solutions.

« La femme qui faisait habituellement le commerce en société avec son mari devra être considérée comme associée, solidairement responsable et contraignable par corps pour le paiement des engagements sociaux, dit l'arrêt de 1812.

L'arrêt de 1857 donne les motifs de cette décision :

« Attendu qu'il résulte des constatations que la cause présentait un caractère commercial, aussi bien contre la femme Roy que contre son mari ;

« Que c'était en effet elle qui faisait habituellement les acquisitions de farine nécessaires pour alimenter la boulangerie et qu'elle a pu dès lors être considérée par les tiers qui traitaient avec

(1) Rapporté par Malepeyre et Jourdain, p. 13.

(2) D., 57, 1, 303.

« elle exclusivement, comme faisant le commerce
« avec son mari ;

« Attendu que le jugement attaqué n'a point
« considéré la femme Roy comme mandataire de
« son mari pour les affaires de son commerce,
« mais comme engagée directement avec ce dernier
« et obligée, en vertu d'un compte arrêté de
« concert avec lui ; qu'il a pu dès lors la condamner
« conjointement avec lui au paiement des fourni-
« tures réclamées ».

La Cour de cassation traduit ici sa véritable préoccupation : la nullité même radicale de la société entre époux ne doit pas nuire aux tiers. La situation favorable faite à la femme de n'être considérée que comme le préposé de son mari, ne doit pas être un piège pour les tiers qui traitent avec les époux et ne doit point permettre à la femme de s'abriter sous le nom de son mari pour se livrer à des spéculations dont elle recueillera les bénéfices en cas de succès et dont elle rejettera les pertes sur son mari insolvable (1). *Error communis facit jus*. Confians dans la fortune et le crédit de la femme avec qui ils traitent directement, les tiers ont-ils pu légitimement considérer ses biens comme leur gage ? La société alors sera nulle, mais la femme,

(1) Jugement du trib. de commerce de Besançon, 3 août 1872, cassé.

au même titre que le mari, restera tenue des dettes sociales.

C'est cette même idée de protection des tiers que nous retrouvons dans un récent arrêt de la Cour de Paris du 2 août 1899 :

« Attendu que la nullité de la société Roux et C^{ie},
« qui va être prononcée, ne saurait être opposée
« aux tiers par les associés ;

« Qu'il est établi, en effet, que ladite société a
« fonctionné pendant plusieurs années, et a con-
« tracté des engagements à l'égard des tiers vis-à-vis
« desquels elle s'est révélée ;

« Qu'il est constant, dans ces conditions, que les
« associés, et par suite la dame Lefebvre ne sau-
« raient se prévaloir à l'encontre des tiers de bonne
« foi de la nullité, conséquence de leur propre faute
« pour échapper aux effets de la solidarité ;

« Qu'au surplus, ladite société, bien qu'annulée,
« laisse subsister une société de fait, laquelle doit
« être liquidée *sur les bases des statuts*, alors que
« la liquidation n'a point pour effet de faire échec
« aux dispositions du contrat intervenu entre les
« époux lors de la célébration de leur mariage ;

« Qu'il est manifeste qu'en l'espèce les conven-
« tions matrimoniales, intervenues entre les époux
« Lefebvre, ne sauraient être modifiées par ladite
« liquidation.

« Qu'il s'ensuit que la dame Lefebvre, formelle-

« ment autorisée par le fait même de la présence de
« son mari dans la société à faire du commerce doit
« être tenue solidairement du passif social, tant sur
« son rapport dans la société que sur ses biens per-
« sonnels. »

Il semble vraiment, à lire cet arrêt, que l'on ne soit plus en présence d'une nullité absolue, mais d'une « cause de dissolution anticipée de la société », analogue à la nullité pour défaut de publicité.

Dans les deux cas, la dissolution de la société détermine une liquidation semblable à celle d'une société régulière. « On devra régler les opérations
« faites dans l'exploitation parcourue, les bénéfices
« et les pertes, les conditions de reprise des apports,
« il y aura lieu à partage. La liquidation portera...
« sur la société même que les associés avaient cons-
« tituée, en conformité du pacte social. » (1)

On ne voit pas en effet pourquoi la cour affirme que la nullité laisse subsister seulement une société de fait puisqu'elle déclare que cette société doit être liquidée sur la base des statuts.

Toute société liquidée conformément au pacte social est une société régulière ; quelle différence la séparerait alors d'une société de fait liquidée dans les mêmes conditions ?

En réalité, en faveur de la thèse soutenue par

(1) Thaller, *Traité élémentaire de Droit commercial*, n° 370.

l'arrêt rapporté (liquidation de la société nulle de plein droit, conformément aux statuts), il n'y a qu'un argument.

Encore est-il postérieur à la date de l'arrêt. On le retrouvera, avec un peu d'effort, dans la loi du 1^{er} juillet 1901 sur le contrat d'association.

Aux termes de l'art. 9 de cette loi, en cas de dissolution prononcée par justice, les biens de l'association seront dévolus *conformément aux statuts* ou à défaut de disposition statutaire, suivant les règles déterminées en assemblée générale (1).

Lorsque la justice a dissous une association illégale, c'est-à-dire l'a frappée de nullité, le législateur ordonne la liquidation, sur les bases statutaires, qui lui paraît plus favorable que toute autre.

Puisant dans ces dispositions légales un argument d'analogie, la solution de la Cour de Paris nous eût paru moins fragile, mais pour les seuls motifs qui y ont conduit, nous ne saurions nous y ranger (2).

Aussi passons-nous à une dernière opinion qui a justement rallié la grande majorité de nos magistrats.

La société entre époux est radicalement nulle ; elle n'a donc jamais existé en droit ; mais en fait

(1) Voir Hémard, Note 1, 5 mai 1902. S. 1905. 1. 41.

(2) Ajoutons à la décharge de l'arrêt critiqué que la liquidation statutaire ne faisait pas échec au contrat de mariage des époux séparés de biens.

cette société a vécu et fonctionné, créant des rapports de droit entre ses membres et les tiers, groupant des apports, recueillant des bénéfices, souscrivant des engagements.

Il y a eu *société de fait*, s'il n'y a pas eu société de droit : une liquidation de fait basée, non sur les statuts caducs, dès l'origine, mais sur les principes de l'équité, devra intervenir pour dénouer sinon une situation de droit, du moins une situation de fait.

Nous ne prendrons que les plus significatifs parmi les arrêts qui ont admis le principe.

Le 7 mars 1888, la Cour de cassation expose la théorie de la société de fait dans l'arrêt suivant : (1)

« Attendu que la société créée dans un but d'intérêt licite en lui-même, n'empêche pas que
« jusqu'au moment où cette nullité est demandée
« par les intéressés, il n'ait pu y avoir entre les
« prétendus associés des *rapports de fait* qui doivent
« se régler sans que l'un s'enrichisse aux dépens de
« l'autre et qui, par conséquent, ouvrent à chacun
« d'eux le droit réciproque de provoquer le partage
« de l'actif et du passif, résultant des opérations qui
« auraient été faites en commun ;

« Que c'est donc à bon droit que l'arrêt attaqué,
« après avoir reconnu entre les époux Legendre,
« séparés de biens judiciairement, l'existence d'une
« *société de fait* pour l'exploitation et l'établissement

(1) D., 1888, 1, 349.

« du café glacier, situé à Rennes, a ordonné la liquidation de cette société, conformément aux règles du droit et aux usages de la matière. »

La Cour de cassation, le 5 mai 1902 (1), indique comment devra se poursuivre la liquidation de cette société de fait :

« Les acquisitions faites au cours de ces vingt-sept dernières années par Chaufournier, sa femme et sa belle-mère, devront être réparties entre ces trois personnes ou leurs ayants-droit en proportion de leurs apports sociaux. »

On appliquera ici les règles que l'article 1853, C. civ., propose pour le cas où les statuts sont muets sur le mode de liquidation d'une société. « Lorsque l'acte de société ne détermine point la part de chaque associé dans les bénéfices ou les pertes, la part de chacun est en proportion de sa mise dans le fonds de la société. »

Un arrêt de la Cour de cassation, déjà cité, du 23 avril 1902, confirmant un arrêt de la Cour de Nîmes du 24 avril 1900, développe toutes ces idées jusqu'à leurs plus extrêmes conséquences, ordonnant jusqu'à faillite de cette société de fait, inexistante en droit.

« ARRÊT,

« Attendu que si la société n'a pu légalement

(1) D., 1905, 1, 41.

« exister, il a pu y avoir néanmoins entre les époux
« association commerciale de fait qui n'a aucune
« existence légale, mais qu'on ne peut supprimer,
« quant à ses effets matériels passés; que les articles
« de lois précités n'ont pas pour but de favoriser les
« manœuvres dolosives des époux s'entendant
« ensemble pour frauder leurs créanciers; que s'il a
« été définitivement jugé que la femme Fcauroux
« était commerçante, et si elle a été déclarée en état
« de faillite, cette décision ne fait pas obstacle à ce
« que le mari ne soit également commerçant, à ce
« qu'il puisse être tenu solidairement avec sa femme
« pour le même commerce et à ce qu'il ne soit
« déclaré aussi personnellement en état de faillite;
« qu'il était donc commerçant, qu'il faisait le même
« commerce que sa femme et qu'aucun des deux
« époux n'était le préposé de l'autre, de sorte que si
« la femme était commerçante, le mari l'était égale-
« ment; que la société de fait qui aura ainsi existé
« entre eux, nulle en droit, aura créé cependant entre
« eux et à l'égard des tiers qui ont contracté avec
« eux une solidarité absolue qui doit les amener
« l'un et l'autre à une mise en faillite, du moment
« où ils ne remplissent pas des engagements com-
« merciaux communs à chacun d'eux;

« Attendu qu'il ne peut y avoir deux faillites
« distinctes, mais une faillite commune; qu'il y a
« une analogie absolue entre la déclaration de

« faillite de deux associés en nom collectif et l'indivisibilité de fait résultant de la faillite de la femme et de celle du mari, ayant géré le même commerce et entre lesquels a existé une société de fait qui a créé entre chacun d'eux des obligations commerciales et solidaires ; qu'en matière de société, la faillite des associés en nom collectif est administrée par le même syndic sous la surveillance du même juge commissaire et qu'il doit en être ainsi dans l'affaire actuelle.

La jurisprudence, par dessus tout, entend respecter les intérêts de tous, ceux des associés comme ceux des tiers. Elle décidera, si la situation est trop complexe, qu'il y a lieu de nommer un liquidateur judiciaire, chargé de réaliser l'actif et de répartir l'excédent (Paris, 9 avril 1897, D., 1899, 2, 244). Le tribunal de la Seine, dans une espèce particulièrement délicate, nomme un expert qui recherchera quels ont été les bénéfices depuis le début, quelles sommes s'est approprié le mari pendant que sa femme avait été expulsée du domicile conjugal (24 juin 1891 *Rev. des soc.*, 1892, p. 146).

En un mot, nos magistrats veulent éclaircir tous les points obscurs, désirent que cette nullité ne tourne pas à l'avantage d'associés indéliçables, dû le caractère radical de cette nullité être atténué. Et c'est précisément le souci de l'équité qui rend sympathique la solution de ces derniers arrêts.

Lorsque les textes ne répondent pas à la question qu'on leur pose, lorsque les arguments d'analogie sont trop lointains, il faut avoir recours aux principes de bon sens et d'équité, qui, bien plus que des raisonnements subtils, arment juridiquement une théorie.

Aussi, nous rallions-nous volontiers à ces dernières décisions de la jurisprudence, adoptées par les rares auteurs qui ont abordé la question.

Lorsqu'une société entre époux a été déclarée radicalement nulle, il subsiste entre ceux-ci et les tiers des rapports de fait qui nécessitent une liquidation.

Dans le silence des textes, cette liquidation se poursuivra *ex æquo et bono*. L'actif et le passif seront répartis proportionnellement aux apports. La faillite s'appliquera aux époux considérés comme associés de fait.

Un liquidateur judiciaire, un expert même seront nommés, s'il en est besoin, pour apurer les comptes de la société.

Qu'on ne reproche pas à ce mode de liquidation de n'être pas la conséquence rigoureuse et logique d'une nullité d'ordre public !

Il ne convient pas toujours de faire œuvre de juriste pur, et dans le droit commercial moins que dans tout autre domaine.

Les notions de bonne foi et de crédit militent

parfois en faveur de solutions, qui ne résultent pas d'un simple rapprochement de textes (1).

Les complexités de la vie nécessitent des conclusions que le raisonnement ne conditionne pas.

Nous sommes précisément ici, en face d'une de ces situations, devant lesquelles doivent s'assouplir et plier les principes les plus rigoureux. Les arrêts l'ont ainsi jugé et nous adoptons aussi pleinement leurs motifs que leurs conclusions.

(1) Voir les décisions de jurisprudence qui valident l'hypothèque frappant les biens des congréganistes ; jugements du Tribunal de la Seine, 4 et 10 août 1904 ; Ménage, *Liquidation des biens des congrégations dissoutes*, p. 137, 142 ; Civ. cass., 17 juillet 1907, *Le Droit*, 21 juillet 1907. De même la jurisprudence valide les actes de l'héritier apparent.

CHAPITRE IV

DE LA VALIDITÉ DES SOCIÉTÉS ENTRE ÉPOUX

Société formée entre époux et des tiers. — Société de capitaux entre époux. — Société civile entre époux. — Sociétés universelles entre époux. — Sociétés entre concubins.

Nous avons envisagé jusqu'ici l'espèce la plus fréquente, la plus représentative aussi : la société commerciale de personnes formée entre époux.

Il nous faut maintenant examiner, d'une manière très brève, puisqu'il nous suffira d'un simple rappel de principes déjà développés, des cas plus rares et moins typiques.

Nous avons toujours supposé, pour la clarté de la discussion, une société conclue entre le mari et la femme sans intervention étrangère ; mais l'on rencontre fréquemment des sociétés conclues entre les époux et les tiers, soit qu'elles exigent des concours plus nombreux, soit qu'elles réclament des capitaux plus considérables.

La société ainsi conclue entre les époux et un ou plusieurs tiers sera-t-elle valable ?

On concevrait que la solution apportée par chacun à cette question fut le corollaire de l'opinion adoptée par lui sur le problème, posé en premier lieu, de la validité d'une société entre les seuls époux : pourtant il en est différemment.

La jurisprudence a édifié une théorie que nous trouvons exposée dans plusieurs arrêts ; quel que soit le régime adopté, les époux ne peuvent valablement former entre eux seuls une société, mais cette société sera licite si, conclue entre le mari, la femme et des tiers, les époux y figurent et y ont été considérés comme ne constituant *qu'une seule partie* ; pour que cette conception d'une seule personnalité réunissant, synthétisant les intérêts des deux époux dans la société soit admissible, ils doivent être communs en biens. L'apport des conjoints devra être unique et formé d'une portion du patrimoine commun ; dans les statuts, il ne sera question que d'un seul contractant ; un compte unique leur sera ouvert sur les livres de la société.

Dans cette acception seulement, la jurisprudence valide la société formée entre les époux et des tiers ; aussi l'examen du juge portera-t-il sur le point de savoir si les époux forment oui ou non dans la société une personnalité unique.

Les époux Fontagny ont formé une société avec Pierre Lefranc. Le sieur Fontagny, étant décédé, son fils assigne sa mère en nullité de la société.

Le tribunal de commerce de Dijon, le 10 juillet 1883, analyse l'espèce (1) :

« Attendu que des termes mêmes de l'acte, il
« résulte que s'il y avait trois intéressés en cause, il
« n'y avait réellement que deux associés, les époux
« Fontagny ne formant qu'une seule des parties
« contractantes ;

« Que ce fait est établi par les livres de la société
« qui constatent que l'apport social a été fait par la
« communauté Fontagny ; que le prélèvement men-
« suel de 300 fr. n'était opéré que par la commu-
« nauté et qu'enfin la part des bénéfices ou des
« pertes était au débit et au crédit de la commu-
« nauté et que M^{me} Fontagny n'avait pas de compte
« ouvert et ne touchait rien ;

« Attendu que la présence de M^{me} Fontagny dans
« l'acte de société, n'a été motivée que par les dis-
« positions de l'art. 20 dudit acte, prévoyant le
« décès du sieur Fontagny et son remplacement
« dans la société par sa veuve, M^{me} Fontagny,
« pour la continuation de la société sous la raison
« sociale Vve Fontagny et C^{ie} ».

Les juges constatent que les époux Fontagny ne constituent pas deux personnes distinctes, mais

(1) *Rev. des sociétés*, 1889, p. 626.

figurent un seul associé : ils valident en conséquence la société (1).

Cette théorie de la jurisprudence s'affirme encore dans des arrêts qui annulent la société, en se fondant sur le caractère d'associés distincts attribué au mari et à la femme.

La Cour de Nîmes, le 24 avril 1900 (D., 1901, 2, 4) déclare « qu'il suffit d'examiner l'acte avec « attention pour acquérir la conviction que la dame « Dumas y figurait, non pas, ainsi qu'on l'a dit, « comme formant une seule et même personnalité « juridique avec son mari, mais bien de son chef et « concurremment vis-à-vis de son époux ;

« Attendu, en effet, que la dame Dumas apportait, dans cette association, les droits qu'elle tenait « d'une précédente société, un nom déjà connu dans « le commerce et son expérience dans ce genre « d'affaires. »

Elle se réservait, d'ailleurs, la faculté de verser personnellement des sommes en compte courant ; elle a fait des apports personnels et distincts de ceux de son mari, engageant son temps à la société, ayant la signature sociale, et se réservant le droit d'opérer de concert avec son mari des prélèvements bien supérieurs à ceux de Noirot.

(1) Dans le même sens, Trib. de comm. de la Seine, 24 févr. 1876, *Le Droit*, 17 mars 1876 ; Paris, 24 janv. 1885 et 6 févr. 1888 ; D., 1888, 1, 401.

Il est dit, dans l'acte de société, que la gestion appartiendra aux trois associés avec faculté pour eux d'agir ensemble ou séparément. Entraînée par ces circonstances de fait, la Cour de Nîmes prononce la nullité de la société.

La Cour de Nancy, le 9 février 1901 (D., 1902, 2, 140), annule une société formée entre deux époux et des tiers, parce que la femme avait apporté des immeubles qui lui étaient propres tandis que son mari avait mis dans le fonds social une somme prélevée sur la communauté.

Dès que les deux époux font des apports distincts, dès qu'ils ne figurent plus un associé unique, la jurisprudence retrouve son ancienne inflexibilité pour frapper les sociétés entre époux et des tiers (1).

Nous serons à la fois plus et moins libéraux que les arrêts.

Tandis que nous validerons les sociétés entre époux sous les régimes de séparation totale ou partielle (séparation de biens, régime dotal en ce qui concerne les paraphernaux), nous l'annulerons sous les régimes de communauté et sans communauté.

En fait, nous ne parvenons pas à cette conception de deux personnes ne figurant qu'un seul associé au

(1) Paris, 14 avr. 1836, D., 1836, 2, 231; Req., 13 août 1859, D., 1859, 1, 419; Paris, 10 déc. 1896, D., 97, 2, 125; Paris, 2 août 1899, *J. trib. comm.*, 1900, p. 401; Cass., 5 mai 1902, D., 1903, 1, 207.

regard des statuts, du patrimoine de la société, et des créanciers sociaux.

En droit, la théorie des arrêts pose comme prémisse la personnalité morale de la communauté. Nous avons essayé plus haut de réfuter cette opinion et nous avons écrit que les auteurs contemporains la considéraient comme définitivement abandonnée. En effet, l'opinion de la jurisprudence permet au mari d'associer la communauté avec un tiers, combinaison qui aurait pour utilité de faire gagner à la communauté tous les profits de la société sans qu'on eût à rechercher s'ils sont ou non des fruits. Pour associer cette troisième individualité propriétaire des biens communs, pour faire vivre la communauté de cette vie indépendante, il faut lui accorder une véritable personnalité morale.

Comparant au cours de cette étude la société douée de personnalité à l'association conjugale qui en est privée, nous avons trop vivement repoussé cette possibilité pour l'admettre ici. La Cour de cassation (23 févr. 1891, D., 91, 1, 237) a pu reconnaître la personnalité des sociétés civiles ; la communauté entre époux n'en est pas moins purement et simplement restée une « masse de « biens à l'état d'indivision (1). Le mari est encore

(1) Planiol, t. III, n° 1905 ; Labbé, note, 6 fév. 1888, S., 90, 1, 49 ; Cass., 13 avr. 1860, D., 1860, 1, 185 ; Cass., 16 janv. 1877, D., 1878, 1, 265 ; Cass., 28 févr. 1886, S., 1887, 1, 213.

« aujourd'hui seigneur et maître des biens communs ; il n'y a donc pas place pour une troisième personne dont il ne serait que le représentant ».

Pour ces motifs et pour ceux énoncés précédemment, nous refusons de valider la société conclue entre époux communs en biens et des tiers, tandis que, nous appuyant sur les arguments développés au chapitre précédent, nous validerons les sociétés constituées entre époux mariés sous un régime de séparation totale ou partielle : les biens de chacun des époux, restés entre ses mains, ne devront pas être distraits d'un patrimoine commun pour que l'apport soit effectué. Le mari ou les tiers seront nommés gérants de l'entreprise ; mais la femme ne saurait accepter cette fonction sans qu'il soit dérogé aux droits du mari comme chef.

Dans ces limites, nous admettrons que les deux époux puissent former une société avec les tiers.

Le cas de deux époux associés en nom collectif ou commandités a seul été examiné.

La question se pose différemment si nous leur faisons jouer le rôle de *commanditaires* dans une commandite par intérêt ou *d'actionnaires* dans une commandite par actions ou dans une société anonyme.

Dans ces deux hypothèses, il n'y a en réalité qu'un simple placement de fonds parfaitement compatible avec la situation respective que doivent

conserver les époux l'un à l'égard de l'autre. S'ils sont tous les deux commanditaires dans une commandite par intérêt, aucun conflit ne pourra s'élever entre eux, puisque toute immixtion du commanditaire dans la gestion sera sanctionnée de la manière la plus énergique par sa responsabilité indéfinie

Nous arrivons aux *sociétés civiles*. Si' nous n'avons parlé que des sociétés commerciales, c'est qu'en fait elles sont les plus nombreuses. D'ailleurs, la différence essentielle qui séparait les unes des autres a disparu.

L'art. 8 de la loi du 23 avril 1810 avait doué de personnalité les sociétés minières. La loi du 1^{er} août 1893 l'a accordée aux sociétés civiles à forme commerciale et la jurisprudence l'a enfin reconnue d'une manière générale à toutes les sociétés civiles (1).

Dès lors le problème est le même, qu'il s'agisse entre époux, d'une société commerciale ou d'une société civile.

La loi interdit aux époux de former entre eux autrement que par contrat de mariage une *société universelle* de tous biens présents et à venir, art. 1837.

L'art. 1840 C. civ. prohibe d'autre part toutes sociétés universelles entre personnes auxquelles il

(1) Cass., 23 févr. 1891, D., 1891, 1, 337; Cass., 2 mars 1892, D., 1893, 1, 169; Cass., 2 janv. 1894, D., 1894, 1, 81.

il est défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes. Les époux sont évidemment visés par cet article dont ils pourront d'ailleurs tourner la prohibition.

L'art. 1842 qualifie en effet société particulière celle qui est conclue pour une entreprise désignée, pour l'exercice d'un métier ou d'une profession.

Lorsque deux époux constituent entre eux une société — les arrêts en témoignent — ils la concluent toujours pour une entreprise déterminée. Rangée parmi les sociétés particulières, par application de l'art. 1842, cette société ne tombera pas sous le coup des art. 1837 et 1842.

Nous serons aussi bref sur les sociétés formées entre concubins. Aucun lien de droit n'existe entre deux personnes vivant dans un état de fait que la loi ne reconnaît pas.

La société, conclue entre elles, sera valable comme le serait la société constituée entre deux personnes étrangères l'une à l'autre.

Il est bien entendu que si la société avait pour but le maintien de l'état de concubinage, elle serait nulle pour objet illicite.

En tout autre hypothèse, elle sera valable (1).

(1) L. Avollée, *Les sociétés entre époux*, Thèse, 1903, p. 137 et s.; Paris, 19 août 1851, S. 1852, 2, 209, D. 1852, 2, 84; Bordeaux, 19 mars 1868, D., 1868, 2, 222; Paris, 13 juin 1872, D., 1873, 2, 469.

CONCLUSIONS

Toute étude critique de jurisprudence semble appeler une conclusion mêlée de quelque amertume, surtout — et c'est ici le cas — lorsque les solutions des arrêts s'écartent nettement de l'opinion que l'on adopte.

Cependant nous ne pouvons nous défendre d'un certain optimisme, si nous envisageons la situation créée par les arrêts aux sociétés entre époux. (1).

Les réalités de la vie échappent toujours, par quelque endroit, aux subtilités de la théorie, comme à l'intransigeance des magistrats. Qu'elles soient ou non illicites, des sociétés entre époux se formeront, fonctionneront et seront dissoutes sans intervention judiciaire.

Si les affaires sont prospères, si les associés touchent des dividendes, si les créanciers sont payés, la société poursuivra sûrement sa route, validée par ce seul fait qu'elle est prospère.

Les exercices, tout au contraire, se soldent-ils en

(1) Hémard, Note sous 5 mai 1902, S., 1903, 1, 41.

perte, le fonds social est-il démembré, le passif excède-t-il l'actif, — la femme demande la nullité de la société et sa mise hors de cause.

Au début de cette étude, nous constatons une lacune dans l'œuvre tant vantée de la jurisprudence. Au cours de notre travail, nous présentions des arguments, destinés à établir la validité des sociétés entre époux sous les régimes de séparation.

En fait, il faut l'avouer, la lacune est moins profonde qu'elle ne le paraissait en droit.

Souhaitons que, pour la combler dans la mesure, tout au moins où nous le proposons, la jurisprudence fasse preuve de la subtilité et de la hardiesse dont elle a si souvent témoigné au cours du siècle dernier.

Vu :
Le Doyen,
LYON CAEN.

Vu :
Le Président de la Thèse,
E. THALLER.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
LIARD.

BIBLIOGRAPHIE

- Alauzet. *Commentaires du Code de commerce*, I, II. Paris, Corse, 1868.
- Aubry et Rau. *Cours de Droit civil*. Paris, Marchal et Billard, 1869.
- Avollée (L.). *Sociétés entre époux*. Thèse, 1903. Paris, Rousseau.
- Baudry-Lacantinerie. *Précis de Droit civil*. Paris, Larose, 1895.
- Beudant. *Cours de Droit civil français*, I.
- Boistel. *Manuel de Droit commercial*.
- Bonnet (Arm.). *Dispositions par contrat de mariage et entre époux*. Paris, Durand et Pedone, 1874.
- Bressolles. *La femme du commerçant*. Paris, Rousseau, 1888.
- Brugnon. *De la femme mariée commerçante*.
- Camberlin. *De l'illégalité des sociétés commerciales entre mari et femme*. La Loi, 6 mars 1881.
- Charmont. *Le centenaire du Code civil*. Paris, Imprimerie nationale, 1904.
- Couder. Dictionnaire : Femme, n° 54.
- Dalloz. *Répertoire de jurisprudence*.
- Delamare et Lepoitvin. *Droit commercial*, I.
- Delsol. *Revue pratique de Droit*, I, p. 433 et s.
- Delvincourt. *Cours de Code civil*. Paris, 1834.
- Demolombe. *Cours de Code civil*. Paris, Marchal et Billard, 1872.
- Durant. *Dissertation dans la Belgique judiciaire*, 1853, p. 1154.
- Duranton. *Cours de Droit français*, 1825.
- Duthoit. Thèse, 1888. Paris, Jouve.
- Dutruc. *Dictionnaire du contentieux commercial et industriel*. Paris, 1875.
- Duvergier. *Le Droit civil français*. Paris, Cotillon.
- Gouyon. Thèse, 1892. Paris, Rousseau.
- Glasson. *Rapport sur le concours pour le prix du budget, en tête de l'autorité maritale*, de Morizot-Thibault. Chevalier Marescq, Paris, 1899.
- Guillouard. *Traité du contrat de société*. Paris, Pedoue-Lauriel, 1887.
- Horson. *Questions sur le Code de commerce*.
- Laurent. *Principes de Droit civil français*. Paris, Marescq, 1878.

- Lyon-Caen et Renault. *Manuel de Droit commercial*. Paris, Pichon, 1904.
- Malepeyre et Jourdain. 1833.
- Marcadé. *Explication du Code civil*. Paris, Delamotte, 1894.
- Massé. *Le Droit cammercial dans ses rapports avec le droit des gens et le Droit civil*. Paris, Guillaumin, 1861.
- Morizot-Thibault. Précité.
- Pascaud. *Sociétés entre mari et femme*. *Revue des sociétés*, 1890, p. 100.
- Planiol. *Traité élémentaire de Droit civil*. Paris, Cotillon, 1903.
- Pont. *Traité des sociétés civiles et commerciales*.
- Rodière et Pont. *Du contrat de mariage*.
- Saleilles. *Condition juridique de la femme dans le nouveau Code civil allemand*. *Réforme sociale*, 1901, p. 717.
- Sirey. *Répertoire de jurisprudence*.
- Thaller. *Traité élémentaire de Droit commercial*. Paris, Rousseau, 1900.
- Thaller et Pic. *Traité des sociétés*. Paris, Rousseau, 1907.
- Troplong. *Contrat de mariage*, I.
- Vavasseur. *Traité des sociétés civiles et commerciales*. Paris, 1878.
-

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
PRÉFACE.....	1

PREMIÈRE PARTIE

Les sociétés entre époux répondent à un besoin social.

CHAPITRE I ^{er} . — Les sociétés entre époux existent en fait....	7
CHAPITRE II. — Utilité des sociétés entre époux en face du régime matrimonial.....	15

DEUXIÈME PARTIE

De la validité des sociétés entre époux.

CHAPITRE I ^{er} . — La jurisprudence annule les sociétés entre époux.....	47
CHAPITRE II. — Dans quelles mesures les sociétés entre époux sont licites.....	72
CHAPITRE III. — De la nullité et du mode de liquidation des sociétés entre époux.....	99
CHAPITRE IV. — De la validité des sociétés entre époux : Société formée entre les époux et des tiers. — Société de capitaux entre époux. — Société civile entre époux. — Sociétés universelles entre époux. — Sociétés entre concubins.....	125
CONCLUSION.....	135

